

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

HÉRICA DE KÁSSIA SOUSA FEITOSA

Execução Penal: A inobservância das garantias Constitucionais no Procedimento Administrativo  
Disciplinar para apuração de falta disciplinar praticada pelo reeducando.

FLORIANÓPOLIS  
2015

HÉRICA DE KÁSSIA SOUSA FEITOSA

Execução Penal: A inobservância das garantias Constitucionais no Procedimento Administrativo Disciplinar para apuração de falta disciplinar praticada pelo reeducando.

Trabalho de conclusão de curso de graduação, realizado em cumprimento de parte dos requisitos para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador: Alexandre Morais da Rosa

FLORIANÓPOLIS

2015

## **RESUMO**

Busco com esta pesquisa analisar de forma crítica o procedimento administrativo disciplinar (previsto na Lei de Execução Penal e na Lei Complementar Estadual nº 529/11), pois é necessário o esclarecimento sobre o suposto cometimento de falta praticada pelo incidentado, aplicando o princípio do devido processo legal, devendo ser seguida de formalidade legal, pois, do contrário, o legislador não a teria normatizado. É que a Lei supracitada, delega ao legislador estadual a competência para denominar as faltas disciplinares de natureza média, leve e suas respectivas sanções disciplinares. Quanto a falta de natureza grave, a Lei de Execução Penal, enumerou as espécies de condutas graves e suas sanções. Contudo, antes de qualquer aplicação das sanções disciplinares, é imprescindível a instauração do procedimento administrativo disciplinar, cuja atribuição é do diretor da unidade prisional, garantindo ao incidentado o direito de defesa técnica, contraditório e ampla defesa, visto que, acarreta efeitos danosos que repercutem na sua liberdade.

Palavras-chave: Lei de Execução Penal, Lei Complementar nº 529/11, poder disciplinar, direitos e deveres do preso, procedimento administrativo disciplinar e garantias constitucionais.

## **RESUMEN**

Busco con esta investigación analizar de manera crítica el procedimiento administrativo disciplinario (descrito en la Ley de Ejecución Penal y en la Ley Complementaria Estatal de n° 529/11), en vistas de la necesidad de aclaración sobre el supuesto cometimiento de falta practicado por el incidentado, aplicando el principio del correspondiente proceso legal, seguida de formalidad legal, ya que, de lo contrario, el legislador no la tendría normatizado. La citada ley, delega al legislador estatal la competencia para denominar las faltas disciplinarias de la naturaleza media y leve y sus respectivas sanciones disciplinarias. Quanto a la falta de naturaleza grave, la Ley de Ejecución Penal, lista la variabilidad de conductas graves y sus sanciones. No obstante, antes de cualquier aplicación de sus sanciones disciplinarias es indispensable el establecimiento del proceder administrativo disciplinar, cuya atribución es del director de la unidad prisional, garantizando al incidentado el derecho a la defensa técnica, contradictorio y amplia defensa, puesto que, trae consigo efectos prejudiciales que repercutirán en su libertad.

Palabras – clave: Ley de Ejecución Penal, Ley Complementaria n° 529/11, poder disciplinario, derechos y deberes del detenido, proceder administrativo disciplinario y garantías constitucionales.

## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I –DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL.....</b>	<b>7</b>
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	8
1.2 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E O PODER DISCIPLINAR .....	11
1.3 DAS FALTAS DISCIPLINARES: GRAVES, MÉDIAS E LEVES .....	13
<b>CAPÍTULO II – A DISCIPLINA PRISIONAL E SUA APLICAÇÃO E A LEI COMPLEMENTAR 529/11 .....</b>	<b>20</b>
2.1 DA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DISCIPLINARES .....	21
2.2 DOS DEVERES DO PRESO.....	24
2.3 DOS DIREITOS INDIVIDUAIS E SOCIAIS DO PRESO NA EXECUÇÃO PENAL.....	28
<b>CAPÍTULO III – O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APLICAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR NA EXECUÇÃO PENAL.....</b>	<b>34</b>
3.1 OS PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM CONFORMIDADE À CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	38
3.2 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR .....	49
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>54</b>

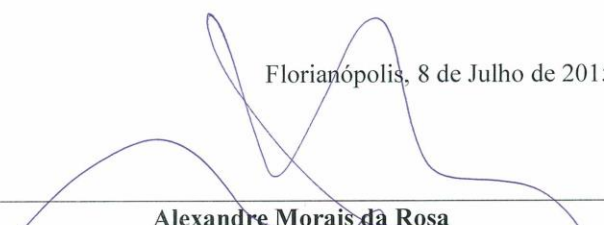


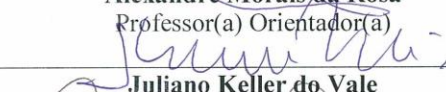
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

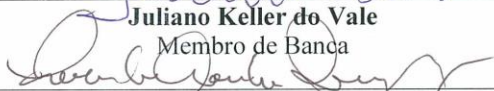
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A inobservância das garantias Constitucionais no Procedimento Administrativo Disciplinar para apuração de falta disciplinar praticada pelo reeducando.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Hérica de Kássia Sousa Feitosa**, defendido em **08/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 ( Dez ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 8 de Julho de 2015

  
\_\_\_\_\_  
**Alexandre Morais da Rosa**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Juliano Keller do Vale**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Fernanda Mambrini Rudolfo**  
Membro de Banca



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E  
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Hérica de Kássia Sousa Feitosa**

RG:

CPF:

Matrícula: **11100241**

Título do TCC: **A inobservância das garantias Constitucionais no  
Procedimento Administrativo Disciplinar para apuração de falta disciplinar  
praticada pelo reeducando.**

Orientador(a): **Alexandre Moraes da Rosa**

Eu, **Hérica de Kássia Sousa Feitosa**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 8 de Julho de 2015

Assinatura manuscrita em tinta roxa de Hérica de Kássia Sousa Feitosa.

Hérica de Kássia Sousa Feitosa

## **AGRADECIMENTOS**

A realização deste trabalho apenas foi possível com o apoio de algumas pessoas. A elas meu verdadeiro sentimento de gratidão.

Agradeço a Deus pelas graças e purificações que tenho recebido, e pela permissão de ser útil na construção do Paraíso Terrestre.

À Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, principalmente à Defensora Pública Caroline Kohler Teixeira, pelo incentivo, paciência, confiança e apoio para a elaboração deste trabalho.

Ao meu orientador, Prof. Alexandre Morais da Rosa, pela confiança, incentivo e orientação.

À minha mãe, Aureane Maria de Sousa, que sempre esteve presente em todos os momentos. Agradeço por todo amor, incentivo, dedicação e valor à vida.

À minha vizinha, Maria das Dores de Sousa, pela fé e a minha madrinha, Aberlândia Maria de Sousa Nazareth, que me ensinou a manter por perto as pessoas que amamos.

Ao meu tio, Adilson Vieira de Sousa, pela contribuição valiosa que para mim foi muito importante.

As minhas “primas-irmãs”, Anna Karenny de Sousa Nazareth e Anna Kariny de Sousa Nazareth, pelo amor e apoio, em meus estudos, incentivando-me a não desistir no meio do caminho.

Aos meus amigos, Marilene Vieira Machado e Manoel Catarina Machado, pelo carinho e amizade.

Ao Luiz Thales Kiyoshi Irie, por proporcionar-me com momentos de alegria, carinho e parceria que sempre demonstrou.



## INTRODUÇÃO

A execução penal pode ser compreendida como um conjunto de normas e princípios, cuja finalidade é a concretização do *jus puniendi* do Estado, e a reinserção social do preso ou do interno. Nesse sentido, o Estado tem o direito de executar a pena, dentro dos limites traçados na sentença condenatória, devendo o sentenciado obedecer a ela. É que a Lei nº 7.210/84, visando impedir o excesso ou desvio da execução, adotou disposição sobre a disciplina, determinando taxativamente as condutas que caracterizam faltas disciplinares.

Nesse sentido, a lei supracitada conferiu ao legislador estadual, a competência para estabelecer as faltas disciplinares de natureza médias e leves, bem como suas sanções disciplinares (artigo 49, segunda parte, da Lei nº 7.210/84). Assim, o presente trabalho, tem como propósito apresentar a importância do procedimento administrativo disciplinar na apuração de faltas previstas na Lei de Execução Penal e também na Lei Complementar Estadual nº 529/11, em conexão com as garantias constitucionais.

O primeiro capítulo, irá expor a evolução histórica da execução penal no Brasil, o poder disciplinar na unidade prisional, que será exercido pela autoridade administrativa, e também as caracterizações das faltas graves, médias e leves.

Após referidas exposições, será apresentado a disciplina prisional no sistema penitenciário, as sanções disciplinares, deveres, direitos individuais e sociais do condenado e interno, previstos na Constituição Federal de 1988, Lei de Execução Penal e na Lei Complementar Estadual 529/11.

Encerrando o presente trabalho, serão observadas as aplicações dos princípios e garantias constitucionais no Procedimento Administrativo Disciplinar, bem como a exposição da recente Súmula 533 do Superior Tribunal de Justiça.

## CAPÍTULO I – DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL

Este capítulo é dedicado à execução penal, ramo do direito que visa à efetivação da sentença ou decisão criminal, bem como a determinar medidas objetivando a reabilitação do condenado ou paciente.

Assim, existe na doutrina discussão quanto à sua natureza jurídica, uma vez que envolve o direito penal substancial, o direito processual penal e o direito penitenciário que, para muitos doutrinadores, confunde-se com o ramo do Direito Administrativo.

Segundo Renan Cunha, há uma parte da atividade da execução que se refere especificamente a providências administrativas e que fica a cargo das autoridades penitenciárias e, ao lado disso, desenvolve-se a atividade do juízo da execução ou atividade judicial da execução.<sup>1</sup>

Além disso, consta na exposição de motivos do projeto que gerou a Lei de Execução Penal:

“Vencida a crença histórica de que o direito regulador da execução é de índole predominantemente administrativa, deve-se reconhecer, em nome de sua própria autonomia, a impossibilidade de sua inteira submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.”<sup>2</sup>

Consoante Renato Marcão:

“a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que envolve. E ainda afirma que, o título em que se funda a execução decorre da atividade jurisdicional no processo de conhecimento, e, como qualquer outra *execução forçada*, a decorrente de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria só poderá ser feita pelo Poder Judiciário, o mesmo se verificando em relação a execução de decisão homologatória de transação penal”.<sup>3</sup>

Deste modo, a execução penal desenvolve-se nos planos administrativo e jurisdicional, com prevalência deste sobre aquele. De fato, mesmo nos momentos de atuação administrativa, é indiscutível a aplicação das garantias e dos princípios constitucionais típicos da atuação jurisdicional.

E é justamente a esse tema que se volta a discussão que se desenrolará nos capítulos seguintes – a aplicação de garantias processuais e princípios constitucionais ao Procedimento

---

<sup>1</sup> Cf. CUNHA, Renan Severo Teixeira da. *O Ministério Público na execução penal*. Curso sobre a reforma penal. São Paulo: Saraiva, 1985 p.186.

<sup>2</sup> Lei de Execução Penal, 09 de maio de 1983, item 10 da Exposição de Motivos número 213.

<sup>3</sup> MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32.

Administrativo Disciplinar que tem por escopo a apuração e classificação das faltas disciplinares supostamente praticadas durante o cumprimento de uma sanção penal.

## 1.1 Evolução histórica

A história das prisões brasileiras tem por característica a tentativa de punição do Estado contra aqueles que cometiam crimes aplicando-lhes penas cruéis.

No Período Colonial, as Ordenações Filipinas sucederam as Ordenações Manuelinas “construíram o eixo da programação criminalizante de nossa etapa colonial tardia, sem embargo da subsistência paralela do direito penal doméstico que o escravismo necessariamente implica.”<sup>4</sup>

Rodrigo Roig ensina que “no quadro punitivo do fim do período colonial e início do Império destacou-se a utilização, como prisões, de instalações precariamente adaptadas, tais como fortalezas, ilhas, quartéis e até mesmo navios.”<sup>5</sup> Os cárceres ostentavam condições precárias e se situavam em locais distantes das cidades, dificultando as visitas de familiares.

Após o período colonial, lamentavelmente, as penitenciárias brasileiras não passaram por grandes modificações, refletindo diretamente na realidade carcerária atual.

Roberto de Lyra afirmava que, “mal se libertou do espírito medieval das Ordenações, o Brasil antecipou-se na revelação de sua sensibilidade aos então recentes clamores da consciência humana contra a ignomínia do cárcere.”<sup>6</sup>

Em 1850 foi criada a “A Casa de Correção da Côrte”, um marco para o Brasil no sentido de que deixou para trás as penas cruéis. René Ariel Dotti ensina que:

“ a prisão passou a ser concebida como autêntica pena, ingressando nos costumes brasileiros não apenas como um simples instrumento de proteção da classe dominante, mas também passaria a ser vista como fonte de emenda e de reforma moral para o condenado. A preocupação em torno do regime penitenciário mais adequado traduziu o empenho de acompanhar o progresso revelado em outros países”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. Direito penal brasileiro –Teoria geral do direito penal, Rio de Janeiro: Revan, 2006. p.413-417

<sup>5</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan 2005, p.29

<sup>6</sup> LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942. p. 94

<sup>7</sup> DOTTI, René Ariel. “ *Notas para a história das penas no sistema criminal brasileiro*”. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.81, nº292, dez.1985, p.1.

Contudo, a Casa de Correção logo se transformaria em um estabelecimento discriminatório, porquanto aos presos considerados comuns destinava-se um modelo de ressocialização, enquanto que para os presos escravos aplicava-se a mesma pena punitiva senhoril aplicada publicamente, com caráter vingativo.

Por fim, com intuito de controle social foram criados os regulamentos disciplinares, especialmente, o regulamento carcerário de nº 678 de 1850, que muito embora não tenha sido o modelo ideal, ainda sim, foi considerado como primordial para o sistema penitenciário brasileiro.

Isto porque estabeleceu a Casa de Correção para a execução da pena com trabalho. Além disso, atribuiu ao diretor do estabelecimento a incumbência de examinar a correspondência remetida e recebida pelo apenado. De tal modo, os sentenciados estavam sujeitos ao viés adestrador.

O Código Penal de 1890 aboliu a prisão perpétua, a pena privativa de liberdade foi limitada em 30 anos, e acolheu em partes o sistema progressivo de cumprimento de pena.

Este Código, recebeu bastantes críticas, e conforme Nilo Batista e Zaffaroni:

“o desprestígio proveio de seu fracasso na programação criminalizante dos alvos sociais do sistema penal da Primeira República (imigrantes indesejáveis, anarquistas, prostitutas e cáftens etc), que precisou ser empreendida através de uma profusão de leis extravagantes, fracasso esse ligado diretamente a circunstância do Código não passar de um decalque alterado do diploma anterior.”<sup>8</sup>

Ao depois, em 1914, foi criado um novo regulamento, o Decreto de nº 10.873, que segundo Rodrigo Duque Estrada Roig, dispôs que “os presos da Casa de Detenção continuaram a ser rigidamente categorizados, devendo a reclusão distinguir os indivíduos à ordem ou disposição das autoridades criminais e administrativas”.<sup>9</sup> Ademais, houve a atribuição de certos poderes estabelecidos ao diretor do estabelecimento de Detenção, com intuito de controle social mediante práticas repreensivas.

Em 1933 foi elaborado o projeto de Código Penitenciário da República, que assim prescrevia:

“os deveres do diretor do presídio no sentido de acompanhar a vida carcerária do sentenciado, escrevendo as suas impressões, de providenciar para que seja facilitada a ação dos psiquiatras em serviço no estabelecimento, da administração os sentenciados de procedimento

<sup>8</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. Direito penal brasileiro –Teoria geral do direito penal, Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.446

<sup>9</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan 2005, p.97

indicativo de regeneração e de apresentar ao Conselho Penitenciário para pressupostos de livramento condicional”.<sup>10</sup>

Já em 1956, foi elaborada uma nova proposta de Código Penitenciário para o Brasil. O novo anteprojeto trouxe as regulamentações carcerárias, positivando os princípios da legalidade e da individualização da pena. Outra inovação foi a retirada do diretor do estabelecimento poderes de decisão para caracterização das faltas, e aplicações das sanções disciplinares e as concessões de benefícios. Tais atribuições passariam a serem exercidas pelo Conselho Disciplinar.

O terceiro anteprojeto foi elaborado em 1963, cuja denominação era “Código das Execuções Penais”. O autor do projeto, Roberto Lyra, criticava as regras penitenciárias aplicadas nos estabelecimentos brasileiros:

“Aparelhos de vigilância, controle e segurança estendem-se, fortificam-se, aprofundam-se. O estado intervém em tudo, mergulhando na inteligência e no coração dos indivíduos para sondar ideias e sentimentos. Polícias internacionais e interestaduais permutam dados e providencias. Fiscaliza-se e registra-se tudo.”<sup>11</sup>

Em relação às sanções disciplinares, delega aos regulamentos penitenciários dos Estados as espécies de infrações e sanções disciplinares de menor gravidade.

Além disso, o anteprojeto inovou no aspecto de que os apenados poderiam ter representante do coletivo frente à administração prisional, bem como estabeleceu a criação do Conselho Federal das Execuções Penas e dos Conselhos Estaduais das Execuções Penais.

A importância de tal anteprojeto desponta em razão de ter lançado as bases para o modelo da atual regulamentação da execução penitenciária.

Por fim, em 1970 foi criada uma nova proposta de Código Penitenciário por Benjamim Moraes Filho.

Rodrigo Duque Estrada Roig destaca inovações do Código de Execuções Penais:

“Ao contrário do anteprojeto de Roberto Lyra, que conferia ao Poder Judiciário o império da execução penal, o último dos anteprojetos optou por firmar um critério eclético, atribuindo também à autoridade administrativa os poderes de execução das normas e da aplicação do tratamento penal e de resoluções de incidentes de execução, em especial o de excesso”.<sup>12</sup>

Por outro lado, verificou-se certa abstenção em relação à disciplina, pois deixou para os regulamentos estaduais as especificações das faltas disciplinares de natureza média e leve,

---

<sup>10</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan 2005, p.110

<sup>11</sup> Cf. *Projeto e Anteprojeto de Código Penitenciário*. Rio de Janeiro; Ed.UFRJ, 1978 p.200

<sup>12</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan 2005, p.121

bem como a forma de sua aplicação, ao argumento de evitar as cominações excessivas e a condução tendenciosa do procedimento de apuração das faltas e das sanções disciplinares.

Nesse ponto, o anteprojeto trouxe as circunstâncias atenuantes e agravantes das sanções disciplinares, e ainda, quando possível, a suspensão condicional da sanção disciplinar por um a seis meses.

O projeto de lei que culminou na Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210 de 1984, foi debatido pelas Associações de Magistratura e do Ministério Público, Ordem e Instituto de Advogados, organizações e Universidades. Inclusive durante o 1º Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária, foi elaborada a “Carta de Princípios”, abordando temas relevantes sobre defesa dos interesses sociais, garantias dos direitos humanos e a observância quanto às ilegalidades na execução penal, buscando relacionar a natureza processual e administrativa.

## 1.2 A Lei de Execução Penal e o Poder Disciplinar

A Lei de Execução Penal – nº 7.210/84 – positivou o princípio da legalidade em sede executiva sob enfoque da ressocialização do apenado.

Porém, Rodrigo Duque Estrada Roig afirma que:

“a deficiência da normatização penitenciária contemporânea reside, salvo melhor juízo, na carência de comandos legais capazes de eficazmente tolher o enorme discricionarismo administrativo com o qual deparamos. É absolutamente imperioso percebermos que a estratégia de controle disciplinar carcerário passa necessariamente pela supressão da intimidade, do autodiscernimento e da confiança do preso no sistema legal de garantias.”<sup>13</sup>

Além disso, ressalta o autor que os procedimentos de apuração de faltas e aplicações das sanções disciplinares dentro das unidades prisionais são inquisitoriais, tendo como base os critérios da Constituição de 1967. Diante disso, faz-se necessária a aplicação das garantias previstas na Constituição Federal de 1988.

Para Alexis Couto de Brito:

“Os órgãos judiciários adquiriram a integral competência para conduzir o *processo de execução*, não mais relegado ao Executivo, inclusive com a previsão de recursos próprios (agravo) ao juiz competente para a solução das questões que venham surgir da execução da pena. E ainda, autonomia na

---

<sup>13</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan 2005, p.138

condução de alguns atos, considerando-se assim, atividade mista, no plano jurisdicional e administrativo.”.<sup>14</sup>

Neste contexto, o regime disciplinar desta Lei foi criado como instrumento de normas para serem aplicadas aos presos. Porém, a crítica que se faz é que não se percebe a quebra em relação ao modelo penitenciário tradicional, com enfoque no discricionarismo administrativo.

Na Lei de Execução Penal foi estabelecido que o poder disciplinar na pena privativa de liberdade será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares. Quanto às execuções das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar fica a cargo da autoridade administrativa a que estiver sujeito o reeducando.

De acordo com Rodrigo Duque Estrada Roig:

“as sanções somente devem limitar direitos “domésticos” do apenado, o poder disciplinar da autoridade administrativa deve ser interpretado apenas como aquele de fiscalizar o cumprimento das normas, instaurar a sindicância para apuração da falta (nos termos dos arts.47,48, parágrafo único, e 195, todos da LEP) e executar as punições disciplinares, não como o poder de julgar faltas disciplinares.”<sup>15</sup>

Isto porque, em primeiro lugar para a defesa do julgamento das faltas disciplinares pelo juízo da execução penal é aplicado o princípio da jurisdicionalização conforme artigo 65 da Lei de Execuções Penais “*a execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença*”.

Em sentido contrário, Alex Couto de Brito afirma que:

“Tratando-se de infração média e leve, assim consideradas aquelas previstas nos regulamentos, sua apuração e punição resolve-se no âmbito estritamente administrativo, anotadas no prontuário do infrator e sem a obrigação de comunicação ao juiz da execução, exceto nos casos em que forem solicitadas. Na ocorrência de infração grave, além da **apuração e aplicação das sanções administrativas**, a autoridade responsável pela administração do estabelecimento deverá **comunicar** ao juiz da execução aquelas infrações consideradas graves e que possam acarretar a regressão de regime (art. 118), perda de benefícios como a saída temporária (art. 125) e a perda dos dias remidos (art. 127), ou a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade estas sanções, que ultrapassam a esfera administrativa da disciplina e penetram no controle jurisdicional do cumprimento da pena.”<sup>16</sup>

Além disso, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça que a autoridade administrativa é competente para julgar as faltas disciplinares:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.  
EXECUÇÃO PENAL. 1.RECONHECIMENTO DE FALTA GRAVE.

<sup>14</sup> BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda.2013, p.28

<sup>15</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva ,2014 p.190

<sup>16</sup> BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*.2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2011. p.160/16

IMPRESINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DETERMINAÇÃO EXPRESSA DO ART. 59 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PODER DISCIPLINAR. ATRIBUIÇÃO DO DIRETOR DO PRESÍDIO (LEP, ARTS. 47 E 48). DIREITO DE DEFESA A SER EXERCIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO OU DEFENSOR PÚBLICO NOMEADO. OBSERVÂNCIA DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 2. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. 2. Recurso especial não provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.378.557 - RS (2013/0128491-5) RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO DA CORTE, DATA DA DECISÃO: 23/10/2013)

Desse modo, quando reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor da unidade prisional, será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções.

Portanto, verifica-se que a Lei de Execução Penal estabelece que todo o “processo” de apuração de falta disciplinar será realizado pela autoridade competente, bem como a aplicação das sanções disciplinares de natureza leve e média, uma vez que é o diretor da unidade penitenciária que detém o exercício do poder disciplinar.

### **1.3 Das faltas disciplinares: graves, médias e leves**

Alexis Couto de Brito entende que “a disciplina significa a manutenção do conjunto de regras de conduta dos diversos membros pertencentes a um agrupamento, para proporcionar seu bem-estar e o bom andamento dos trabalhos.” <sup>17</sup>

Para o convívio social, faz-se necessário ordem e disciplina. Assim, conforme art. 46 da Lei de Execução Penal, “o preso condenado ou provisório estará submetido a um conjunto de direitos e deveres específicos do seu regime, além dos direitos e deveres inerentes a qualquer sujeito, espera-se do reeducando obediência as determinações das autoridades e dos funcionários. Dessa forma, o apenado recebe orientação em relação a disciplina da unidade prisional, e são passadas atribuições aos funcionários da Penitenciárias, no qual terá por obrigação cumprir suas atribuições legal.

Nos termos da Lei de Execução Penal o sentenciado que não observar os deveres de obediência ao servidor, às ordens recebidas, bem como desrespeito a qualquer pessoa com

---

<sup>17</sup> BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal: revista atualizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. p.160



quem deva se relacionar, cometerá falta disciplinar, as quais são classificadas em leves, médias e graves. Aquelas, bem como suas respectivas sanções, serão especificadas nas legislações locais (estaduais).

As faltas graves são tipificadas na Lei nº 7.210/84 da seguinte forma: o artigo 50 refere-se àqueles que cumprem pena privativa de liberdade, o art. 51 aos que cumprem pena restritiva de direitos e, por fim, o art. 52 aplica-se aos dois casos indistintamente.

O artigo 50 da Lei nº 7210/84 considera como falta grave a conduta do condenado à pena privativa de liberdade que:

I - Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II - fugir; III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV - provocar acidente de trabalho; V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei. VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Passa-se, assim, a abordar individualmente cada um dos tipos disciplinares elencados no artigo retrotranscrito.

*Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina* envolve qualquer movimento interno que prejudique a tranquilidade carcerária através de condutas proibidas. Rodrigo Duque Estrada Roig critica a falta de clareza do dispositivo, porquanto a definição de ordem ficaria submetida ao interesse dos agentes públicos encarregados do gerenciamento e controle da execução da pena.

Nesse ponto, Michel Foucault afirma que “o discurso da disciplina é alheio ao da lei e da regra enquanto efeito da vontade soberana”.<sup>18</sup>

Além disso, o inciso I é similar à infração da “*subversão da ordem política ou social*” elencada na Lei de Segurança Nacional (art. 23, inciso I, da Lei nº 7.170/83), elaborada antes da Constituição de 1988, período de exceção democrática.

Logo, a punição passa a depender do entendimento da autoridade prisional, pois a ela compete interpretar o que é dito como movimento interno que prejudique a insegurança carcerária, bem como atos indisciplinados. E ainda, as faltas são verificadas em movimentos de recusas aos trabalhos, ou de não retorno às celas e de greve de fome, ainda que sejam movimentos pacíficos como forma de reivindicações de melhorias. Assim, fica evidente que a decisão não mais se orienta por critérios técnicos, deixando claro o risco à violação da segurança jurídica e dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel. *Soberania e Disciplina*. In: *Microfísica do Poder*, Rio de Janeiro: Graal, 1986 p.189

A *fuga* é considerada como falta grave para condenados à pena privativa de liberdade (artigo 50, II, da Lei nº 7210/84), porquanto o apenado está obrigado a cumprir sua pena. No entanto, a Lei de Execução Penal não faz distinção entre as condutas de fuga e atraso.

Nesse ponto, não se pode olvidar que é tipificado no artigo 352 do Código Penal, o crime a fuga mediante violência à pessoa ou grave ameaça. A seu respeito, a doutrina já discutiu sobre o direito do preso em fugir sem emprego de violência à pessoa, sob o argumento de que é natural do ser humano o impulso à liberdade, o constante desejo do apenado em se sentir liberto.

Salo de Carvalho defende que:

“Na prática penitenciária, os motivos que conduziram à fuga são em regra desprezados. Não se analisa a eventual legitimidade da fuga, ainda que empreendida como meio de resistência a brutalização, à decadência das condições carcerárias ou ao desrespeito a direitos fundamentais”.<sup>19</sup>

Nesse contexto, verifica-se desacordo com o artigo 57, *caput*, da Lei nº 7210/84, pois afirma que nas sanções disciplinares serão levadas em conta a natureza, motivos e circunstâncias do fato.

Já o atraso quando ocorrer dentro de um prazo razoável, ou seja, quando não é significativo, deveria ser encarado como retorno para a continuidade do processo de cumprimento da reprimenda. Deste modo, não poderia configurar falta grave, vez que a medida é desproporcional à conduta praticada pelo reeducando, cabendo tão somente uma advertência, quando prevista em lei.

É entendida como falta grave “*possuir indevidamente instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem*” (artigo 50, III, da Lei nº 7210/84). Para Rodrigo Duque Estrada Roig, “esse inciso trata-se evidentemente de um tipo genérico, suscitando profundas incertezas no tocante à extensão do termo ‘instrumento’ (haja vista a ampla variedade de objetos passíveis de subsunção), ocasionando evidente insegurança jurídica aos reclusos.”<sup>20</sup>

Compartilho da mesma opinião do autor acima citado, uma vez que o legislador tipificou genericamente qualquer material ou objeto que possa presumir ser capaz de ofender a integridade física de outrem. Nesse sentido, impede o contraditório no processo de execução penal, pois não especificou quais instrumentos poderiam colocar em risco a integridade física de outrem, dando amplo poderes à autoridade julgadora para determinar o caráter ilícito ou lícito de certos instrumentos.

---

<sup>19</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: sobre o direito de resistência na esfera carcerária*. Rio de Janeiro: Lúmen juris. 2008 p.235

<sup>20</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva, 2014 p.211

O inciso IV do artigo 50 da Lei nº 7210/84, positiva como falta grave “*provocar acidente de trabalho*”. Verifica-se que o legislador não foi claro, pois não é específica se a falta deve ser provocada na forma dolosa ou culposa. Nesse contexto, Rodrigo Duque Estrada Roig aduz:

“Ainda que possível considerar falta grave um acidente, somente a forma dolosa seria abstratamente admitida. Mesmo assim, esbarraríamos na discussão sobre a dupla punição (criminal e administrativa) pelo mesmo fato, e sua correspondente colidência com o princípio *ne bis in idem*. ”<sup>21</sup>

Pois bem, compartilho da mesma posição do autor, tendo em vista que caso considerássemos a conduta dolosa, seria caracterizado como prática de ilícito penal considerado falta grave ( artigo 52 da Lei de Execução Penal ) “*A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado...* “ , com intenção de causar lesão grave ou até a morte.

Vale ressaltar no que se refere a conduta culposa, de igual modo não poderia ser caracterizada como falta, uma vez que não se deve punir o dano culposos, mas tão somente um ilícito civil, limitando-se apenas na reparação patrimonial.

Dando prosseguimento à análise dos incisos do artigo 50 da Lei nº 7210/84, tem-se a conduta de “*descumprir, no regime aberto, as condições impostas*” (inciso V). Antes de mais nada, é de se mencionar que o artigo 115 desta Lei traz as condições obrigatórias impostas para o regime aberto de pena, quais sejam:

I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

Assim, a violação dessas condições impostas para permanência do cumprimento da pena em regime aberto é considerada uma quebra de confiança do Estado, e, portanto, descumprir tais condições implica no cometimento de falta grave.

O inciso VI do artigo em comento prescreve como falta grave “*inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do art.39, desta Lei*”. Assim, são faltas graves a desobediência ao servidor e desrespeito a qualquer pessoa com quem deva se relacionar, a inexecução do trabalho, das tarefas e ordens recebidas.

Nesse sentido, o Rodrigo Duque Estrada Roig faz uma crítica sob o argumento de que:

---

<sup>21</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva ,2014 p.213

“Tal norma evidencia mais uma vez o totalitarismo de nossas unidades prisionais e a subserviência irrestrita do apenado frente ao Estado. Conforme já mencionado, tais deveres são instituídos em normas lacunosas e manipuláveis, fragilizando o princípio da legalidade. Não se pode sustentar um intangível dever de obediência, sem o estabelecimento de claras premissas sobre quais condutas consideradas desrespeitosas para com terceiros. Não é razoável, enfim, que a fixação de tais premissas seja relegada ao exclusivo arbítrio da autoridade penitenciária. De fato, a ausência de conceitos legais claros e a falta de intervenção judicial (inquisitorialidade) no procedimento de apuração das faltas e aplicação das sanções disciplinares contribuem sobejamente para a ocorrência de abusos no cotidiano carcerário”.<sup>22</sup>

Dito isso, penso ser necessário detalhar sobre as faltas graves da Lei de Execução Penal, uma vez que não ficou clara as formas de desobediência por parte do apenado, causando-lhe insegurança jurídica, afinal, com esta previsão da lei, daria para punir qualquer ato de desobediência.

Pratica também falta grave, o preso que “*tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo*”. (Inc. VII, artigo 50 da Lei nº 7210/84 incluído pela Lei nº 11.466/07).

Vê-se que há entendimento no sentido de que a simples posse do aparelho ou de seus acessórios configuraria falta grave. A problemática é que o inciso exige que o aparelho permita a comunicação, e um componente parcial dele, não tem o condão de possibilitar a comunicação. Contudo, a 2ª Turma do STF e o STJ já decidiram que a posse de acessórios de aparelho celular é caracterizada como falta grave.

E ainda nesse tema, quanto aos apenados que cumprem pena em regime aberto ou semiaberto, nos quais estejam gozando da benesse da saída temporária, impossível proibir a posse de telefônico ou similar para inibir o contato externo. De fato, a intenção do legislador é proibir a comunicação do reeducando com outros apenados, ou para evitar novos atos criminosos. Porém, essa modalidade de falta grave ao apenado em regime aberto é ineficaz, tendo em vista não ter razões para o isolamento do condenado. Inclusive, a própria Casa de Albergado não possui obstáculos físicos contra o ato de fuga. Deste modo, o uso de aparelho celular em regime aberto é um modo de inclusão social, bem como de fortalecer os laços familiares, e também como forma de obtenção de emprego.

---

<sup>22</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva, 2014 p.215

Quanto às faltas graves pelo condenado à pena restritiva de direitos, estão previstas no artigo 51 da Lei de Execução Penal:

I - Descumprir, injustificadamente, a restrição imposta II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

O primeiro inciso refere-se ao descumprimento injustificado de restrição imposta. Sendo esta a essência da pena, não se permite que o apenado desobedeça ou até mesmo retarde a pena imposta prevista no inciso II, desde que não seja justificada.

Também são condutas tidas como falta grave, desobediência à ordem de um funcionário e o desrespeito a qualquer pessoa com que o preso deva relacionar-se, conforme artigo 39, inciso II da Lei de Execução Penal. E ainda, a inexecução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas (artigo 39, inciso V, da Lei de Execução Penal), no qual, anteriormente, foi pontuado.

Em relação às faltas médias e leves, a Lei de Execução Penal delegou ao legislador estadual a tipificação por meio de lei ou regulamentação, conforme artigo 49, segunda parte *“A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções”*.

A Lei Complementar de nº 529/2011 traz o regulamento interno do estabelecimento penal de Santa Catarina, que classificou várias condutas em leves e médias, bem como estipulou as sanções disciplinares aplicáveis, ponto no qual abordarei no próximo capítulo.

As faltas disciplinares leves estão insertas no artigo 95 da Lei Complementar nº529/11:

I - ocultar fato ou coisa relacionada com a falta de outrem, para dificultar averiguações; II -utilizar material, ferramenta ou utensílio do estabelecimento penal, em proveito próprio, sem a autorização competente; III - portar objeto de valor, além do regularmente permitido; IV - transitar pelo estabelecimento penal ou por suas dependências em desobediência às normas estabelecidas; V -desobedecer às prescrições médicas, recusando o tratamento necessário ou utilizando medicamentos não prescritos ou autorizados pelo órgão médico competente, XI - cometer desatenção propositada durante estudos ou aula de serviço.

Já as faltas médias estão contidas no artigo 96 da citada lei:

I - Praticar ou contribuir para a prática de jogos proibidos, agravando-se a falta quando essa prática envolver exploração de outros presos; II - resistir, inclusive por atitude passiva, à execução de ordem ou ato administrativo; III

- ofender funcionários; IV - praticar compra ou venda não autorizada em relação a outro preso; V - faltar à verdade com o fim de obter vantagem ou eximir-se de responsabilidade; VI - formular queixa ou reclamação com improcedência, reveladora de motivo reprovável.

Dessa forma, diante de tal panorama, verifica-se uma série de distintos graus de gravidade que podem ser aplicadas àqueles que cumprem pena e não observam o regime de disciplina penitenciária, tanto administrativa como judicial.

## CAPÍTULO II- A DISCIPLINA PRISIONAL E SUA APLICAÇÃO E A LEI COMPLEMENTAR Nº 529/11

Este capítulo vai tratar sobre a disciplina prisional no sistema penitenciário. Nesse sentido, a obra “*Vigiar e Punir*”<sup>23</sup> de Michel Foucault esclarece que “as disciplinas foram inventadas durante os séculos XVII e XVIII como fórmulas gerais de dominação no momento em que percebeu ser mais eficaz e econômico vigiar do que punir”. Esta posição foi aplicada aos sistemas prisionais brasileiros, consoante previsão no artigo 44 na Lei de Execução Penal que diz:

“A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. Parágrafo único. Estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório.”

Dessa forma, o condenado tem que obedecer às normas disciplinares do estabelecimento prisional devendo obedecer às autoridades administrativas e seus agentes. No entanto, Andrei Zenkner Schimdt fala que “a suposta finalidade *ressocializadora* adotada explicitamente pela Lei nº 7.210/84 seja ponderada à luz de garantias constitucionais, e, nesse aspecto, não resta a menor dúvida de que, ao menos nos moldes pelo legislador, a LEP padece de vício de inconstitucionalidade”.<sup>24</sup>

Constata-se que a Constituição de 1988 positivou a “manifestação do pensamento”, bem como “a liberdade de consciência ou de crença” ambos em seu artigo 5º, incisos IV e VI. Essas garantias impedem que o Estado interfira na liberdade interna do condenado, autorizando-lhe apenas atuar na conduta externa (obediência às normas disciplinares). Douglas Bonaldi Maranhão diz que a disciplina abarca “exigências impostas ao condenado buscando um melhor cumprimento da sua reprimenda”.<sup>25</sup>

Embora tenha passado muito tempo a respeito das disciplinas como forma de comportamento diante das regras da execução penal, considero esse tema atual, pois tal entendimento ainda traz certas discordâncias, principalmente, sob o ponto de vista dos Direitos Humanos. Isso porque, muito embora seja legitimado o modelo de punição como

<sup>23</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2004, p.126.

<sup>24</sup> SCHIMDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina In: CARVALHO, Salo de (Coord.) *Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.213

<sup>25</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo :Revista dos Tribunais, 2009. p.50.

forma disciplinar, contrariamente, o que se constata é a tentativa de submissão do condenado aos mandos do Estado. Nesse sentido, Manoel Pedro Pimentel delineia sua posição central a respeito do assunto que:

“Ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo e peculiar é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto longe de estar sendo *ressocializado* para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem *prisionizado*”.<sup>26</sup>

Aliás, pode-se mencionar também a posição do Andrei Zenkner Schimidt:

“ A Lei de Execução Penal não pode determinar o dever de o preso ser um cidadão bom, *disciplinado, obediente, urbano, respeitador, socializado, trabalhador, capaz de perceber seus erros, solidário, grato* e, por fim, *higiênico*, mas sim o direito de ele, se assim desejar, buscar o melhor caminho para que a sua personalidade adéque-se a estes valores que, só por estigmatização, os presos não possuem. Nesse sentido, somente podem ser determinados *deveres* a potencialidade concreta de lesar, o direito de outro preso ou de um cidadão qualquer. Não é possível sustentar-se, constitucionalmente, a legitimidade estatal de punir alguém disciplinarmente pelo fato de sua personalidade não se adequar a princípios ético-sociais”<sup>27</sup>

Como se vê, o modelo disciplinar da Lei de Execução Penal é duramente criticado pelos autores. Assim, conforme o excerto citado, deveria ser dado ao preso o direito de querer se *ressocializar disciplinarmente*. Portanto, não deve ser um direito imposto ao condenado, porquanto o preso obedece às disciplinas para não ser punido, e não com intuito de modificar sua personalidade (se assim o condenado quiser) aos valores impostos pelo sistema penitenciário consoante os direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

## 2.1 Da aplicação das sanções disciplinares

O artigo 45 da Lei de Execução Penal prevê que “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”. Nesse sentido, o artigo 53 desta Lei estabeleceu sanções disciplinares que podem ser aplicadas quando do cometimento

<sup>26</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro, *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.158

<sup>27</sup> SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina. In: CARVALHO, Salo de (Coord.) *Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2007. p.211



de falta disciplinar. Assim, conforme o artigo 53 da Lei nº 7210/84, constituem sanções disciplinares:

I - Advertência verbal; II - repreensão; III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei. V - Inclusão no regime disciplinar diferenciado.

E ainda a Lei Complementar 529/11 no seu artigo 68 determina as seguintes sanções disciplinares:

“I - Advertência verbal; II - repreensão escrita; III - suspensão ou restrição de direitos, conforme estabelecido no art. 41, parágrafo único, da Lei federal nº 7.210, de 1984; e IV - isolamento na própria cela ou em cela especial. ”

Estas sanções são aplicadas por ato motivado do diretor da unidade prisional. No entanto, aplica-se o inciso V, do artigo 53 da Lei 7210/84 somente na hipótese de falta de natureza grave e, diversamente das demais sanção disciplinares, só pode ser aplicada por decisão do juiz execucional.

No concerne à natureza das faltas disciplinares, são classificadas em graves, médias e leves. As sanções por faltas médias ou leves serão punidas com advertência verbal e a repreensão.

Já as sanções por faltas graves serão punidas com isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo e inclusão no regime disciplinar diferenciado, e também a “*suspensão ou restrições de direitos*” (artigo 41, parágrafo único):

“Art. 41 - Constituem direitos do preso:

V - Proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. ”

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. ”

Porém, essa punição disciplinar é considerada medida incabível diante da Constituição de 1988, uma vez que os apenados são titulares de todas as garantias previstas no art. 5º da Carta (desde que compatíveis com a situação do preso), portanto, a suspensão ou restrições de direitos é inconstitucional.

Nesse sentido, compartilho da posição do Rodrigo Duque Estrada Roig que estabelece uma verdade a respeito do tema:

“Inadmissível é a suspensão ou restrição do acesso à educação como forma de punição disciplinar, considerando que a educação é direito social (art.6º da CF), direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art.205 CF). Mister salientar ainda que todas as pessoas presas têm direito de participar de atividades culturais e educacionais destinadas ao pleno desenvolvimento da personalidade humana (Princípio n.6 dos Princípios Básicos para o Tratamento de Pessoas Presas, da ONU). Do mesmo modo que a educação, **as demais assistências não podem sofrer privação ou restrição por aplicação de sanção disciplinar.** De fato, a sanção disciplinar não pode tornar alguém desmerecedor da assistência estatal, pois isso afetaria a dignidade humana, produzindo uma espécie de redução do *status* (*capitis deminutio*) do faltoso em relação aos demais presos.”<sup>28</sup> (grifei)

A assistência estatal (saúde, educacional, trabalho e social) tem por objetivo garantir o desenvolvimento físico, mental e social do ser humano. Portanto, o condenado não deveria ser ainda mais penalizado, retirando-se direitos sociais previstos na Constituição de 1988 por cometimento de falta disciplinar.

Em relação à aplicação das sanções disciplinares, há previsão expressa de critérios no art. 57 da Lei 7.210/84 “*Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.*”

Nesse contexto, Rodrigo Estrada Roig aborda uma passagem especialmente sensível, no qual critica os critérios das punições previstos no artigo 57 da Lei 7210/84.

” a natureza e as circunstâncias do fato não são critérios adequados à mensuração da punição disciplinar, considerando que a gravidade abstrata da falta, assim como a do crime, não pode influir negativamente na dosimetria da punição sob pena de ofensa aos princípios da individualização da pena a fundamentação decisória”.<sup>29</sup>

Também, no que se refere aos motivos, o autor fala que não se pode afirmar a “suposição da presença de motivos”, ou seja, não se pode presumir. Em relação às consequências do fato, devem ser proporcionais apenas aos danos ao apenado. E ainda, em relação à pessoa do faltoso, o aduziu como sendo “culpabilidade de autor”, no qual faz-se uma

<sup>28</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva, 2014 p.248-249

<sup>29</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva, 2014 p.250

apreciação negativa do apenado e não do fato cometido, tal circunstância deveria ser em favor do condenado como forma de diminuir o seu prejuízo à sanção disciplinar. Por fim, o tempo de prisão, ao que parece, pode ser aplicado de qualquer maneira, tanto para indicar maior ou menor culpabilidade do acusado pela falta cometida, gerando assim maior insegurança jurídica.

Portanto, a prática de uma falta grave pode acarretar ao mesmo tempo várias sanções disciplinares, considerando-se uma múltipla punição do mesmo fato, tanto aplicação de sanções judiciais quanto sanções administrativas. Por essa razão, se faz necessário a instauração do procedimento administrativo disciplinar pela autoridade administrativa, em que se tenha observado a ampla defesa e contraditório, sob pena de o preso ver-se sujeito a uma punição pior.

## 2.2 Dos deveres do preso

De acordo com o artigo 39 da Lei de Execução Penal, constituem deveres do condenado:

I - comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II - obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V - execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI - submissão à sanção disciplinar imposta; VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal.

Aplica-se este artigo a todos os condenados cumprindo pena em regime fechado, semiaberto ou aberto, cabendo-lhes a submissão a um conjunto de obrigações descritas na Lei Execução Penal quanto nos Estatutos Penitenciários ou Lei Estadual.

Vejamos alguns incisos do citado artigo que guardam estreita pertinência com o tema abordado. Iniciaremos com o inciso I, que exige “ *comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença*”. Podemos afirmar que só existe indisciplina quando o condenado não cumpre as exigências prevista em lei. Contudo, diante do tratamento degradante das unidades penitenciárias, conclui-se que o próprio Estado, numa postura

desproporcional, descumpre os direitos dos presos, e contrariamente, impõe rigidez no cumprimento de deveres.

No que toca ao dever de “*obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se*” (inciso II), conforme descreve Eduardo Estrada Roig, “é uma determinação vaga e de fácil manipulação punitiva, que se assemelha ao art. 79 do regulamento carcerário fascista da Itália, de 1931, o qual estabelece, entre outros, o dever de pronta e respeitosa obediência.”<sup>30</sup>

Quanto “*ao dever de urbanidade e respeito no trato com os demais condenados*” (inciso III), Andrei Zenkner Schmidt aduz que “só poderá ser uma obrigação a todos imposta no momento em que também o estabelecimento prisional trata todos os condenados com esta mesma urbanidade e respeito”.<sup>31</sup>

Em relação “*a conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina*” (inciso IV), esta obrigação é uma situação complicada, pois tentam impedir que os presos sejam solidários com eles mesmos, tendo em vista que os agentes penitenciários é que deveriam assegurar a não tentativa de empreender fuga (isso quando os presos não são ameaçados por facções dentro da cadeia para obrigatoriamente participarem de ‘movimentos subversivos’). Nesse sentido, Marcos Rolim sustenta que:

“ o penitenciário sustenta uma moralidade avessa àquela socialmente reconhecida pelos cidadãos, sendo certo que a solidariedade – valor que todos estimam- é nas prisões motivo de punição, enquanto que merecedor da confiança do sistema é o preso que delata.”<sup>32</sup>

A execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas (inciso V), em primeiro lugar à Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XIII prevê que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão*”, não fazendo distinção a qualquer cidadão, “*o direito de trabalhar e não o dever de fazê-lo.*” Segundo, porque “*o legislador constituinte não excepcionou tal regra, além do que não parece condizente ao princípio da tolerância uma obrigação laboral a todos imposta.*”<sup>33</sup>

<sup>30</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva, 2014 p.182

<sup>31</sup> SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina In: CARVALHO, Salo de (Coord.) Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p.241

<sup>32</sup> ROLIM, Marcos. *Dos Labirintos*. Porto Alegre: Anais da Assembleia Legislativa, 1998, p.22

<sup>33</sup> SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina In: CARVALHO, Salo de (Coord.) Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p.242/243

Também na Lei Complementar 529/11 em seu artigo 24, parágrafo 3º, determina que: “o trabalho, de qualquer natureza, é obrigatório e remunerado, podendo ser realizado dentro ou fora do estabelecimento penal, na forma prevista na Lei federal nº 7.210, de 1984. ” Desse modo, a obrigatoriedade da execução do trabalho ao preso é incompatível com o moderno entendimento do trabalho como um direito social.

Contudo, Júlio Fabbrini Mirabete ensina que:

“Na moderna concepção penitenciária, o momento da execução da pena contém uma finalidade reabilitadora ou de reinserção social, assinalando-se o sentido pedagógico do trabalho. Entende -se hoje por trabalho penitenciário a atividade dos presos e internados, no estabelecimento penal ou fora dele, com remuneração equitativa e equiparado aos das pessoas livres no concernente à segurança, higiene e direitos previdenciários e sociais. ” <sup>34</sup>

Porém, tal argumentação não se sustenta por si só, conforme passagem da obra do André Zenkner:

“Poder-se-ia argumentar no sentido de que não se lhe está impondo o trabalho forçado, mas sim, apenas, possibilitando a ele uma etapa progressiva do cumprimento da pena. Toda essa argumentação – por sinal, muito comum – padece de vício constitucional pelo simples fato de que restringir a liberdade de alguém, a pretexto da recusa laboral, é o mesmo que não ampliar a liberdade de alguém com base nesse mesmo motivo. Em outras palavras: obrigar-se alguém a trabalhar em regime fechado é, só semanticamente, diverso de obrigar-se alguém a trabalhar para progredir de regime. Mesmo o discurso *ressocializador*, aqui, parece deslegitimar os dispositivos citados, visto que, se o objetivo da pena é readaptar o preso ao convívio social. Não parece possível obrigarmos ele a fazer alguma coisa que, no meio social “digno”, não é cogente. ” <sup>35</sup>

Dessa forma, a recusa do preso ao trabalho fere o direito do livre arbítrio em dizer não ao dever de exercer atividade laboral.

Quanto ao dever de obediência às ordens recebidas (contemplado no inciso V do artigo 39 da Lei de Execução Penal), esse tipo de ordem tem que estar em harmonia com a Constituição Federal. Desta forma, eventuais abusos praticados pelos agentes da execução penal dão ao preso o direito de resistir à ordem ou à sanção disciplinar injustamente aplicada.

<sup>34</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.81

<sup>35</sup> SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina In: CARVALHO, Salo de (Coord.) Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p.243

No que tange ao dever de “reparação de danos”, nos incisos VII e VIII do artigo 39 da Lei nº 7210/84, tratam da reparação à vítima e ao estado pelas despesas realizadas com sua manutenção no estabelecimento prisional.

Júlio Mirabete leciona acerca da reparação à vítima e ao Estado:

“é a reparação *ex-delicto* prevista tanto na lei penal como civil. Por isso, é possível à Administração descontar do produto da remuneração pelo trabalho do preso uma parte destinada ao atendimento dessa indenização, desde que esteja determinada judicialmente. Mas, além dessa execução forçada, a indenização é devida mesmo no caso de não trabalhar o preso, e é seu dever, se dispuser de meios, satisfazê-la.”<sup>36</sup>

Porém, Rodrigo Roig, contrariamente, defende que essa indenização:

“não deve ser erigida a condição de dever, pois depende de circunstâncias completamente alheias à execução da pena, além de ostentar cunho eminentemente patrimonialístico, que em hipótese alguma pode afetar o *status libertatis* do indivíduo, sob pena de consagração de prisão por dívida fora das hipóteses previstas no art.5ª, LXVII da Constituição de 1988”.<sup>37</sup>

No mesmo sentido, Andrei Zenkner Schimidt afirma que:

“se este tem condições de pagar a dívida, deve ,ser então, executado civilmente pelo Estado, que já dispõe de privilégios bastante grandes no que tange à expropriação fiscal forçada. A execução da pena é uma obrigação do Estado, e não um negócio jurídico equivalente a uma hospedagem.”<sup>38</sup>

Dessa forma, as duas últimas argumentações reafirmam a ausência de lógica em cobrar despesas com a manutenção do preso em um estabelecimento que lhe é imposto forçadamente pelo próprio Estado.

Finalmente, “o dever de higiene pessoal, de asseio da cela ou alojamento e de conservação dos objetos de uso pessoal” (obrigações previstas nos incisos IX e X do artigo 39 desta Lei), a convivência coletiva forçada nas unidades prisionais exige que o preso se mantenha higiênico. No que toca ao dever de higiene pessoal, Andrei Zenkner Schimidt diz

<sup>36</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.110

<sup>37</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva, 2014 p.183

<sup>38</sup> SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina In: CARVALHO, Salo de (Coord.) Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p.245

que “ninguém pode ser punido por fazer mal a si mesmo, ou por pensar de uma ou de outra forma, mas sim, apenas, por lesar direitos alheios à sua esfera jurídica particularizada. ” <sup>39</sup>

Quanto à obrigação de “asseio da cela ou do alojamento”, sabemos que as próprias unidades prisionais é que deveriam passar por um processo de higienização, pois suas estruturas não suportam a superlotação carcerária, há falta de ventilação, bem como ambientes úmidos trazendo uma série de doenças. Sendo assim, antes mesmo do Estado impor asseio da cela, deverá este (Estado) proporcionar instalações higiênicas dignas aos condenados para cumprimento da reprimenda.

Por fim, no que se refere “a conservação dos objetos de uso pessoal”, deveria ser considerado como um direito do preso, desde que seja de sua propriedade. Isso porque a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XXII, garante o direito de propriedade. Portanto, a conservação ou não de seus objetos é um ônus que diz respeito apenas ao proprietário dos objetos, ou seja, o condenado.

## 2.3 Dos direitos individuais e sociais do preso na execução penal

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli observam que o Direito Penal deve estar interligado com a Constituição:

“A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional. ” <sup>40</sup>

No artigo 41 da Lei de Execução Penal foram estabelecidos os direitos dos presos, na seguinte ordem:

I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração ;III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

<sup>39</sup> SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina In: CARVALHO, Salo de (Coord.) Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p.246

<sup>40</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral* 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p.220

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

E ainda na Lei Complementar Estadual nº 529/11 dispõe que:

Art. 24. São instrumentos de tratamento penitenciário, entre outros: I - a assistência material, à saúde, jurídica, social, religiosa e educacional; II - o trabalho III - a disciplina; e IV - a assistência do egresso.

Bem se sabe que, em se tratando dos direitos presos, não estão restritos a este artigo, já que não se pode excluir todos os outros direitos individuais e sociais contemplados na Constituição Federal (que não tenham sido restringidos na sentença condenatória). Vejamos alguns incisos do dispositivo supracitado:

Em relação à *alimentação suficiente e vestuário* (artigo 41, inciso I, da Lei de Execução Penal), Mirabete afirma que:

“ Deve a alimentação, de um lado, proporcionar ao preso alimentação controlada, convenientemente preparada e que corresponde em quantidade e qualidade às normas dietéticas e de higiene, tendo em conta o seu estado de saúde e, de outro lado, vestuário apropriado ao clima, para que não lhe seja prejudicada a saúde ou a dignidade. ”<sup>41</sup>

No que toca ao direito à previdência social, seu fundamental legal é no artigo 41, inciso III da Lei de Execução Penal. Por essa razão, desde que tenha contribuído à Previdência Social, o preso terá direito à obtenção de benefícios. E ainda, conforme o artigo 39 do Código Penal “*o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.*”

Primeiramente, o inciso VII deste artigo está intimamente ligado com os artigos 10 e 11 da Lei nº 7210/84, que impõem como dever do Estado assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

---

<sup>41</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini, Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Atlas, 2004. p.120



“A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas” (artigo 12 da Lei 7210/84), portanto, Estado deve proporcionar alimentação ao preso e ao internado, além de fornecer instalações para que eles possam realizar suas necessidades pessoais.

Quanto a “assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa” (artigo 41, inciso VII, da Lei de Execução Penal), Renata Soares, ao citar Mattos, lembra que:

“Os três pilares básicos da disciplina em uma penitenciária, tão importantes quanto o trabalho e o lazer, são as visitas, a alimentação e a assistência judiciária. Destas três exigências comumente encarecidas pelos sentenciados, a mais importante, parece-nos, é a assistência judiciária. Nenhum preso se conforma com o fato de estar preso e, mesmo quando conformado esteja, anseia pela liberdade. Por isso, a falta de perspectiva de liberdade ou a sufocante sensação de indefinida duração da pena são motivos de inquietação, de intranquilidade, que sempre se refletem, de algum modo, na disciplina. É importante que o preso sinta ao seu alcance a possibilidade de lançar mão de medidas judiciais capazes de corrigir eventual excesso de pena, ou que possa abreviar os dias de prisão. Para isso, deve o Estado – tendo em vista que a maior parte da população carcerária não dispõe de recursos para contratar advogados – propiciar a defesa dos presos.”<sup>42</sup>

A assistência jurídica merece uma especial atenção, por essa razão o tema será aprofundado no próximo capítulo. Contudo, não poderia deixar de mencionar que o direito de defesa é uma garantia prevista na Constituição Federal, tornando-se assim, imprescindível em todas as fases do processo, bem como na fase executória da pena.

Nesse viés, encontra-se no artigo 5º, inciso LXXIV e no artigo 134 o fundamental legal desse direito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;  
Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

Ademais, está regulamentada a assistência jurídica pela Lei de Execução Penal em seus artigos:

---

<sup>42</sup> MATTOS, Renata Soares Bonavides de. Direitos do Presidiário e suas violações. São Paulo: Método, 2002. p.55

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica nos estabelecimentos penais.

E ainda na Lei Complementar 529/11:

Art. 43. A assistência jurídica consiste nas seguintes tarefas - manter o preso informado de sua situação jurídica penal; II - requerer e acompanhar todos os benefícios penais incidentes na execução; III - manter contatos com o Juízo da Execução, tribunais, Conselho Penitenciário, coordenação das organizações penais e direção do estabelecimento penal, no sentido de velar pela situação do preso; e IV - providenciar para que os prazos prisionais não sejam ultrapassados, requerendo o que for de direito.

No que toca à *assistência educacional*, conforme determina o artigo 205 da Constituição Federal:

**A educação, direito de todos e dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (Grifei)

Partindo desse entendimento, expõem Alexandre de Moraes e Smanio:

“ Não é possível falar em recuperação sem mencionar a possibilidade de o preso educar-se tanto por meio de instrução escolar quanto pela formação profissional. A LEP prevê a obrigatoriedade do ensino de 1º grau a todos os presos, integrado ao ensino estatal. Dessa forma, o diploma terá ampla validade inclusive fora da prisão. ”<sup>43</sup>

Dito isso, José Afonso da Silva entende que “o Estado como fornecedor obrigatório dos serviços educacionais, devendo aparelhar a estrutura educacional. Este direito social, é direito público subjetivo, podendo ser exigido judicialmente, e necessitando ser aplicado imediatamente. ” <sup>44</sup> Portanto, compete ao Estado fornecer de forma acessível educação à toda população.

Já Sarlet apresenta que o direito a saúde está relacionado à dignidade da pessoa humana:

[...] na base dos quatro direitos sociais expressamente consagrados pelo Constituinte, se encontra a **necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade**. Não devemos esquecer que a dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art. 1º, inc. III, da CF), foi guindada à condição

<sup>43</sup> MORAES, Alexandre de, e Smanio, Gianpaolo Poggio, *Legislação Penal Especial*, São Paulo: Atlas, 1999 p.153

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 1999. p.316

de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CF). (Grifei).<sup>45</sup>

A Lei Complementar Estadual 529/11 determina que:

Art. 44. A assistência à saúde será ampla, abrangendo a assistência médica, dentária e o acompanhamento psicológico e psiquiátrico.

Art. 45. Os médicos, dentistas, psicólogos e psiquiatras dos estabelecimentos penais farão atendimento ambulatorial e de emergência, encaminhando o preso, nos casos mais graves, para atendimento nos hospitais da rede oficial

Desse modo, o direito à saúde tem relação com o direito à vida, portanto, direito fundamental a qualquer pessoa.

O direito de “*visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados*”, tendo em vista a importância em manter o vínculo familiar, pois é um direito incontestável e essencial à manutenção dos laços afetivos e a ressocialização do preso. Outro direito que os internos das unidades prisionais têm é a visita íntima do cônjuge ou da (o) companheira (o).

Finalmente, passo a expor alguns casos de direitos individuais na qual se faz necessária a harmonização constitucional com a Lei de Execuções Penais: o inciso X do artigo 5º da Constituição da Federal determina que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas...*”.

Para Andrei Zenkner Schimidt “o direito à intimidade é um direito individual, considerado cláusula pétrea pela Constituição e ínsito da dignidade da pessoa humana (art.1, inc. III da CFRB/88), cujo efeito é qualquer projeto de lei que tendesse a aboli-la”. Nesse contexto, o condenado deveria contar com o benefício da privacidade, pois existe discussão a respeito de instalações de câmeras de televisão filmando e gravando às celas, corredores e pátios. E ainda, o fato de as celas serem coletivas, e normalmente, superlotadas não lhes oferecendo condições básicas de vida, cumprindo uma pena superior à que lhe foi imposta na sentença condenatória.

Outra garantia individual também aplicável ao condenado é o inciso XII do artigo 5º da Constituição, pois determina que “*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso,*

---

<sup>45</sup> Sarlet, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 p.310.

*por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”*

Desse modo, as correspondências enviadas e recebidas pelos condenados são invioláveis. Contudo, em casos de suspeitas quanto ao conteúdo da carta (como por exemplo existência de objetos ilícitos), o preso poderia ser intimado em abri-la na frente da autoridade competente para fins de conhecimento do objeto, e não do seu conteúdo.

Em relação aos direitos sociais que estão intimamente vinculados com os direitos individuais, Andrei Zenkner se manifesta nesse sentido:

“ São todas as garantias que o cidadão possui de exigir do Estado uma determinada prestação, seja voluntariamente, seja mediante o instrumento processual específico. Assim, enquanto os direitos de liberdade (individuais) referem -se a verdadeiros limites de *não -fazer* impostos aos Estado, os direitos sociais ao contrário, estipulam obrigação de *fazer* a esse mesmo ente jurídico. Estão eles arrolados, principalmente, nos arts.6º e 7º da CRF/8, e possuem aplicação na execução da pena, dada a condição de sujeito de direitos do preso”.<sup>46</sup>

E ainda, o artigo 6º da Constituição Federal assegura como direitos sociais:

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. ”

Consoante entendimento de Lenza, “tais direitos sociais estão classificados nos direitos fundamentais de segunda dimensão, visto que possuem função social, buscando a melhor condição de vida. ”<sup>47</sup> Desta forma, o Estado tem o dever de prestar esses direitos a todos, inclusive aos internos das unidades prisionais durante o cumprimento da reprimenda.

---

<sup>46</sup> SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina In: CARVALHO, Salo de (Coord.) Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.2007. p.232

<sup>47</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva,2011 p.974

### **CAPÍTULO III – O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APLICAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR NA EXECUÇÃO PENAL**

O procedimento administrativo disciplinar para apuração de faltas disciplinares na execução penal é instaurado pela autoridade administrativa competente, no âmbito da unidade prisional, garantindo-se ao incidentado o exercício do direito de defesa, conforme previsão nos artigos 50 e 60 da Lei de Execução Penal:

Art. 50. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada.

Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente. Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.

A observância do sagrado direito de defesa também está prevista no Regimento Interno dos Estabelecimentos Penais do Estado de Santa Catarina (Lei Complementar 529/11):

Art. 87. O Conselho Disciplinar realizará as diligências indispensáveis à precisa elucidação do fato, velando pelo direito de defesa do infrator. Art. 88. Concluído o incidente disciplinar, o Conselho o remeterá, com seu parecer, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, ao gestor do estabelecimento penal para julgamento.

Como se vê, não é dado ao juiz da execução competência para exercer o poder administrativo disciplinar. Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça concluiu, em sede de recurso especial repetitivo, no mesmo sentido, senão vejamos:

“No âmbito da execução penal, a atribuição de apurar a conduta faltosa do detento, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, verificar se a conduta corresponde a uma falta leve, média ou grave, e aplicar eventual sanção disciplinar é do diretor do estabelecimento prisional, em razão de ser o detentor do poder disciplinar (Seção III do Capítulo IV da LEP). Não se olvida, entretanto, que, em razão do cometimento de falta de natureza grave, determinadas consequências e sanções disciplinares são de competência do juiz da execução penal, quais sejam, a regressão de regime (art. 118, I), a revogação de saída temporária (art. 125), a perda dos dias remidos (art. 127) e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, § 1º, *d*, e § 2º). A propósito, o art. 48 estabelece que a autoridade administrativa “representará” ao juiz da execução penal para adoção dessas sanções disciplinares de competência do juiz da execução penal. Dessa forma, constata-se que a LEP não deixa dúvida ao estabelecer que todo o “processo” de apuração da falta disciplinar (investigação e subsunção), assim como a aplicação da respectiva punição, é realizado dentro da unidade penitenciária, cuja responsabilidade é do seu diretor.

Somente se for reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor do estabelecimento prisional, é que será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções, que o legislador, excepcionando a regra, entendeu por bem conferir caráter jurisdicional” (STJ, Terceira Seção, REsp 1.378.557-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 23/10/2013).

Portanto, é indispensável o procedimento administrativo, no qual o diretor da unidade prisional deve apurar a suposta conduta do aprisionado e, concluindo pela existência, classificá-la em falta leve, média ou grave, aplicando as sanções pertinentes, de acordo com a gravidade do fato e avaliando os parâmetros do art. 57 da Lei de Execução Penal e, também, dos artigos 76 e 77 da Lei Complementar Estadual 529/11.

Dispõem os artigos 83 a 94 do Regimento Interno dos Estabelecimentos Penais do Estado de Santa Catarina (Lei Complementar 529/11), as etapas do procedimento administrativo disciplinar:

Primeiramente, em sendo cometida a suposta infração, deverá o preso ser conduzido ao agente penitenciário chefe de plantão para a lavratura da ocorrência.

Em seguida, o agente penitenciário chefe de plantão irá informar a ocorrência ao diretor da unidade prisional para que mantenha ou revogue as providências tomadas em parecer no Registro de Ocorrência. (Artigo 84 da Lei Complementar 529/11).

A instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar é feita pelo Diretor da Penitenciária, por meio de uma Portaria, e encaminhado ao Conselho Disciplinar. É designada audiência, no qual é ouvido o incidentado e testemunhas, mediante presença de Defensor Público ou Advogado particular. Oportuno mencionar que não tem previsão legal, mas é imprescindível a manifestação da defesa técnica após a colheita das provas antes do parecer. Ao depois, será encaminhada a defesa escrita para o Conselho Disciplinar. (Artigo 86 da Lei Complementar 529/11)

A emissão de Parecer pelo Conselho Disciplinar está prevista no artigo:

Art. 87: O Conselho Disciplinar realizará as diligências indispensáveis à precisa elucidação do fato, velando pelo direito de defesa do infrator.

Art. 88: Concluído o incidente disciplinar, o Conselho o remeterá, com seu parecer, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, ao gestor do estabelecimento penal para julgamento.

Art. 89: no parecer de que trata o artigo anterior, o Conselho opinará quanto à culpabilidade do interno e proporá ao gestor do estabelecimento penal a punição que entender cabível.

Importante reportar-se que, o parecer do Conselho Disciplinar não é vinculante, ou seja, o Diretor da Penitenciária não está obrigado em acolher a proposta, mesmo que tenha sido unânime ou por maioria.

Além disso, em sendo reconhecida a falta disciplinar pelo Conselho, deverá ser levado em conta as circunstâncias atenuantes para a escolha da punição que entender cabível. Desse modo, estão previstas no artigo 76 da Lei Complementar 529/11 as circunstâncias que sempre atenuam a sanção:

I - A personalidade abonadora do preso; II - a ausência de faltas anteriores; III - ser maior de 60 (sessenta) anos; IV - haver sido de somenos importância sua cooperação na falta; V - ter confessado, espontaneamente, a autoria da falta ignorada ou imputada a outrem; VI - haver agido sob coação a que não podia resistir; e VII - ter procurado, logo após a falta, evitar ou minorar suas consequências.

Partindo desse entendimento, passo a expor as seguintes situações que poderão ocorrer acerca da instauração do procedimento administrativo disciplinar:

- 1) Não é reconhecida a prática de falta disciplinar: o procedimento é concluído sem nenhuma aplicação de sanção disciplinar e encaminhado ao juízo executacional para homologação.
- 2) Quando reconhecida falta disciplinar de natureza leve ou média: por meio de decisão motivada, o diretor da unidade prisional aplicará sanção disciplinar conforme previsão da Lei de Execução Penal e na citada lei extravagante estadual, bem como submeterá ao juiz da execução penal para averiguação da legalidade;
- 3) Reconhecida falta disciplinar de natureza grave: primeiramente, aplicará a sanção disciplinar de *suspensão* ou *restrição de direitos* ou *isolamento em cela individual* (artigo 53, incisos III e IV, da Lei de Execução Penal). Além disso, encaminhará ao juiz executacional para fins de controle de legalidade e de aplicação de sanções da reserva da jurisdição, tais como a regressão de regime (art.118, inciso I), a revogação de saídas temporárias (art.125) e a perda dos dias remidos (art.127) e a conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

É de se ressaltar que, ante a possibilidade de aplicação de Regime Disciplinar Diferenciado, o Diretor do estabelecimento prisional deve encaminhar o procedimento disciplinar concluído em que foi reconhecida falta disciplinar de natureza grave ao Juízo da Execução, para avaliar a pertinência da medida, que é de sua exclusiva competência.

Finalmente, concluído o procedimento administrativo disciplinar, a autoridade administrativa encaminhará ao juiz da execução penal para avaliar sua homologação, o qual averiguará a legalidade do procedimento, notadamente se observou os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como, no caso de falta grave, aplicará as sanções de sua competência.

Em sendo homologado o procedimento administrativo disciplinar onde se reconheceu a prática de falta disciplinar de natureza grave, a escolha da sanção disciplinar a ser aplicada pelo Juízo deverá em conta os critérios do artigo 57 da Lei de Execução Penal (conforme já mencionado):

Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei.

Nesse contexto, Mirabete afirma que:

“A lei confere ao juiz a função de controle de legalidade da atividade da administração, incumbindo-lhe coibi-la, repará-la ou adequá-la sempre que exercida em desconformidade às normas legais ou regulamentares ou ao estatuído na sentença condenatória (arts.2º e 66, VI). Autorizado está o juiz, portanto, a desconstituir a decisão ou todo o procedimento administrativo, na hipótese de se evidenciar qualquer ilegalidade ou abuso, como nos casos de supressão do direito de defesa, de falta de motivação da decisão, de ausência de previsão legal da falta, de absoluta ausência de provar de sua ocorrência ou autoria, de aplicação de sanção incabível na espécie, de incompetência da autoridade etc. Esse controle deve ser exercido de ofício pelo juiz ou por provocação do Ministério Público, do sentenciado ou seu defensor ou ,ainda, de qualquer dos demais legitimados a suscitar incidente de excesso ou desvio de execução (art.186).”<sup>48</sup>

De outro lado, quando constatar o Juízo que o procedimento administrativo disciplinar não se desenrolou de acordo com os princípios da ampla defesa e do contraditório, caberá, em sede de controle de legalidade, anular todo o procedimento.

Diante isso, passar-se-á o próximo assunto ao enfoque dos princípios inerentes ao procedimento administrativo disciplinar na Execução Penal em conformidade à Constituição Federal de 1988.

---

<sup>48</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI Renato N. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Atlas, 2004. p.166



### 3.1 Os princípios do procedimento administrativo disciplinar em conformidade à Constituição de 1988

Princípio, segundo Nucci “significa ‘causa primária, momento em que algo tem origem, elemento predominantemente na constituição de um corpo orgânico’. Preceito, regra, fonte de uma ação. ”<sup>49</sup> Portanto, os princípios constituem o sistema jurídico, conferem critérios de aplicação e interpretação das regras jurídicas em geral.

Rodrigo Estrada Roig conceitua levando em conta seu papel de refrear a discricionariedade estatal: “princípios são escudos normativos de proteção do indivíduo, não instrumentos a serviço da pretensão punitiva estatal, muito menos instrumentos de governo da pena. ”<sup>50</sup>

Nesse sentido, verifica-se que a interpretação dos princípios, no que se refere à Execução Penal, deve ser aplicável no caso concreto, assegurando o exercício de direitos e garantias. Desse modo, apresento alguns princípios que norteiam a Execução Penal, bem como baseiam a estrutura do procedimento administrativo disciplinar.

Primeiramente, o princípio da humanidade é a base para todos os outros princípios penais, consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Também foi positivado na Constituição Federal de 1988, o qual, está relacionado com o princípio da prevalência dos direitos humanos e com a dignidade da pessoa humana.

Rodrigo Eduardo Roig afirma que:

“Em uma visão redutora da execução penal, a humanidade também se identifica com o imperativo da tolerância (ou alteridade), exigindo do magistrado da execução uma diferente percepção jurídica, social e humana da pessoa presa, capaz de reconhecê-la como sujeito de direitos. Essa nova compreensão do princípio da humanização da pena- cotejada pelo reconhecimento de outro- busca então afastar da apreciação judicial juízos eminentemente morais, retributivos, exemplificantes ou correccionais, bem como considerativa. Busca ainda deslegitimar o manejo da execução como instrumento de recuperação, reeducação, reintegração, ressocialização ou reforma dos indivíduos, típicos da ideologia tratamental positivista. ”<sup>51</sup>

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006 p.53

<sup>50</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva ,2014 p. 30

<sup>51</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva ,2014 p.32

Infraconstitucionalmente, tem-se que a Lei de Execução Penal determina que as sanções disciplinares não poderão colocar em risco a integridade física e moral do apenado (art. 45, parágrafo 1º). E também que, aos condenados e internos serão mantidos todos os direitos não restritos pela sentença condenatória (artigo 3º da Lei 7.210/84).

Para Marcos Ruotolo o princípio da humanidade constitui:

“O cerne de uma visão moderna e democrática da execução penal, pautada pela precedência e ascendência substanciais do ser humano sobre o Estado e pela necessidade de reduzir ao máximo a intensidade da afetação individual. Possui, portanto, o escopo maior de capitanear a construção de uma política criminal redutora de danos.”<sup>52</sup>

No entanto, há exemplo de desrespeito a este princípio, senão vejamos: a utilização de veículos para o deslocamento dos presos ou internos com compartimentos de proporções reduzidas, sem ventilações, sendo transportados, normalmente, no porta-malas dos veículos, o que sequer é permitido pelo Código de Trânsito Brasileiro.

Sobre esse assunto, Rodrigo Estrada Roig alega que:

“Em muitos casos, o extenso período de permanência nos veículos é fato de intenso sofrimento físico e moral, além do que veículos de transporte são utilizados como verdadeiras instalações de custódia. Igualmente comum é o transporte de presos com o uso de meios de coerção (ex: algemas, com as mãos para trás) que dificultam bastante o equilíbrio e a proteção das pessoas presas ou internadas durante o deslocamento, causando-lhes lesões por colisões contra veículos. Tais práticas são atentatórias ao dever de respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios (art.40 da LEP) e proteção contra qualquer forma de sensacionalismo, exposição, insultos e curiosidades (art.41, VIII, da LEP e item 45, II, das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil).”<sup>53</sup>

Em relação ao princípio da legalidade, tem origem constitucional no artigo 5º, inciso II, como preceito geral “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, e no inciso XXXIX, da Constituição Federal como legalidade penal: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*”

O artigo 1º do Código Penal esclarece que “*não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”

<sup>52</sup> RUOTOLO, Marco. *Dirit dei detenuti e Costituzione*. Torino: Giappichelli, 2002 p.48

<sup>53</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva, 2014 p.35

E em matéria de execução penal, este princípio encontra-se no artigo 45 da Lei de Execução Penal “*Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.*”

É também aludido na Declaração Universal dos Direitos do Homem no artigo 11: (*ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática era aplicável ao ato delituoso*).

Nesse contexto, Mirabete ensina que “de um lado se podem impor ao condenado as sanções penais estabelecidas na legislação, observadas as limitações constitucionais, de outro não se admite seja ele submetido a restrições não contidas na lei.”<sup>54</sup>

Compartilhando do mesmo entendimento, destaca Ana Lúcia Menezes Vieira:

Se a pena foi aplicada nos contornos legais, sua execução também o será, isto é, o detento não poderá ser apenado além do disposto título executivo penal, o que resultaria em arbítrio e configurar-se-ia excesso de execução. Logo, o preso não pode ser submetido às imposições arbitrárias da administração penitenciária, com quem mantém relações jurídicas das quais emergem deveres e direitos previamente fixados por leis e normas. Nem tampouco o juiz, ao intervir em eventuais conflitos advindos das relações preso-administração, pode conduzir o incidente que dali derive, ou decidir, sem que se sujeite ao comando da lei. O princípio da legalidade, também na execução penal, é norma basilar do Estado Democrático de Direito, que limita a atuação dos poderes Judiciários e Executivo.<sup>55</sup>

Além disso, o princípio da legalidade é desdobrado pela doutrina clássica em duas outras regras: *o princípio da reserva legal* e *o princípio da anterioridade*.

O primeiro princípio declara que não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal, considerando-se lei, neste caso, o que for determinado na Constituição Federal.

Já o princípio da anterioridade certificando que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. A exemplo, cito o caso do art. 50, VII, introduzido na Lei de Execução Penal apenas em 2007.

<sup>54</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI Renato N. Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. São Paulo: Atlas, 2004. p.166

<sup>55</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *A execução penal à luz dos princípios processuais constitucionais*. São Paulo, 2008, p.18-19

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:  
VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

A importância do princípio da legalidade reside na vedação da aplicação de sanções disciplinares com base em conceitos indeterminados ou vagos, que deixem margem de discricionariedade ao aplicador do Direito.

Segundo Ela Wiecko de Castilho:

“ Na concepção de Estado de Direito Social, não pode haver espaços juridicamente vazios, todos devem ser fundamentados na lei e na Constituição. Nesse contexto o conceito de relação especial de poder perder sentido. O campo da discricionariedade da Administração diminui. O condenado, o recluso, possui um ‘*status*’ que engloba direitos e deveres, é um sujeito na relação com o Estado. De qualquer forma, porém, em todos os países em que vigora essa concepção política, ocorreu um atraso na efetivação desses postulados. O princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro de limites definidos. Importa também na reserva legal dos direitos e deveres, das faltas disciplinares e sanções correspondentes, a serem estabelecidas de forma taxativa, à semelhança da previsão de crimes e penas no Direito Penal. As restrições de direitos ficam sob a reserva legal, evitando-se uso de conceitos abertos. ”<sup>56</sup>

Portanto, este princípio representa a limitação ao discricionarismo na execução penal, impedindo a criação de um direito próprio para os presos ou internos.

Quanto ao princípio da publicidade (informação e motivação), trata-se da obrigatoriedade de divulgação dos atos praticados pela Administração Pública. Transmite a ideia de transparência e visibilidade, e claro que não poderia ser diferente no sistema penitenciário, devendo ser divulgada todas as decisões do Conselho Disciplinar.

A informação e a motivação estão interligadas com o princípio da publicidade, o primeiro caso é encontrado no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “b” da Constituição de 1988 “*a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal*”, cuja finalidade é a obtenção de notícias dos atos procedimentais. E a motivação contribui no cumprimento de outros princípios constitucionais, está positivada no artigo 59, parágrafo único, da Lei de Execução Penal.

---

<sup>56</sup> DE CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. *Controle da Legalidade na Execução Penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1988, p.25

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada.

Nesse viés, Barcellar Filho entende que o princípio da publicidade é fundamental para conhecimento das causas que determinam as decisões, e assim, garantir os direitos do preso:

1) O direito à obtenção de certidão de qualquer fase do processo, 2) o direito à vista dos autos a qualquer momento, 3) ciência oportuna e leal dos atos processuais, inclusive diligências e documentos juntados pela autoridade, 4) intimação adequada a permitir a defesa do acusado em nome do princípio da boa-fé, 5) o *dias a quo* da contagem do prazo deve ser não da intimação, mas da data em ficou disponível a vista dos atos processuais que importem decisão não terminativa (acusação, deferimento ou indeferimento de produção de provas, valoração das provas) ou terminativas (julgamento pela absolvição, condenação, arquivamento dos autos do procedimento disciplinar).<sup>57</sup>

Em relação ao princípio da presunção de inocência, sua origem remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que afirma:

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.<sup>58</sup>

A Constituição Federal determina em seu artigo 5º, inciso LVII, que:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Simone Schroeder ensina que:

‘A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é explícita em assegurar a presunção de inocência, segundo dispõe o inciso LVII do art 5º: *ninguém pode ser considerado culpado até o transito em julgado de sentença penal condenatória*. Se todas as garantias fundamentais reconhecidas no axioma fundamental devem ser respeitadas, não importa se em processo de conhecimento ou em sede de execução criminal, toda a interpretação deve ser conforme a Constituição. Assim, mesmo que o condenado tivesse praticado fato delituoso, apesar de ser instaurado procedimentos administrativo disciplinar, em que deverá ser dada a oportunidade de constituição de advogado e caso apurada a falta, poderá ser atribuída sanção disciplinar, e esta deverá ser homologada pelo Poder

<sup>57</sup> BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998 p.192/193

<sup>58</sup> <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> acesso em 28/05/2015

Judiciário. Pelo mesmo fato, ocorrerá o processo penal devido, resguardadas todas as garantias processuais.”<sup>59</sup>

E ainda, conforme Mirabete:

A Constituição Federal não ‘declara’ a inocência, mas declara que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declara culpado.<sup>60</sup>

Para Alexandre de Moraes, “a presunção de inocência é uma garantia *juris tantum*, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e a com a garantia da ampla defesa.”<sup>61</sup>

Assim, considera-se culpado, somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, com observância do contraditório e da ampla defesa, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal.

Também, o princípio da presunção de inocência é aplicado a pessoas no seu cumprimento de pena, sobretudo quando lhe são imputadas faltas disciplinares em procedimento administrativo durante a execução da pena. Nesse sentido, o artigo 60, da Lei 7210/84, determina que o isolamento cubicular só pode ser preventivamente determinado em casos específicos e por curto período de tempo – 10 dias.

Outro ponto a ser destacado é o fato de que o artigo 118, I da Lei 7.210/84, determina que o cometimento de falta previsto como crime doloso acarreta a regressão de regime. Porém, não pode ser considerado recepcionado pela Constituição Federal de 1988, consoante entendimento de José Adaumir Arruda da Silva e Arthur Corrêa da Silva Neto:

“ O art.118, I da LEP, primeira parte, c/c § 2º, do mesmo dispositivo, afrontam flagrantemente texto constitucional, quando restringem a liberdade do indivíduo sem a observância do devido processo penal de conhecimento, bem como do postulado da segurança jurídica.  
Os referidos da Lei de Execução Penal não satisfazem as exigências do art.5º, LIV, LV e LVII, da Constituição Federal de 1988, pois a mera oitiva prévia do preso, antecedente a decisão de regressão, constitui-se em procedimento simplificado paralelo ao processo penal de conhecimento mais robusto em garantias.

<sup>59</sup> SIMONE, Schroeder. *Regressão de Regime: Uma releitura frente aos princípios constitucionais abordagem crítica* In: CARVALHO, Salo de (Coord.) *Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p.484

<sup>60</sup> MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas 2006 p.45

<sup>61</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas 2009. P. 188

A não recepção da lei executacional decorre, sim, de ter criado procedimento paralelo ao processo penal ordinário sobre o mesmo fato é decidido por Juízes diversos que igualmente aplicam procedimentos diferentes. Ademais, o procedimento da Lei de Execução Penal, embora respeite os mandamentos constitucionais, é menos substancioso em garantias. Desse modo, a possibilidade de ocorrência de decisões contraditórias é inegável.”<sup>62</sup>

Nesse sentido, Rodrigo Roig afirma que:

“São discutíveis a regressão cautelar de regime e a aplicação de sanção disciplinar pela suposta prática de crime doloso, antes de operado o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Igualmente questionável, por violação da presunção de inocência, é a monitoração eletrônica a presos provisórios, medida esta impositiva de prévia e informal constrição à liberdade de alguém meramente suspeito da prática de crime.”<sup>63</sup>

Aliás, o Supremo Tribunal de Justiça editou recentemente Súmula 533, no entanto, quem dará a palavra final sobre o caso é o Supremo Tribunal Federal:

Súmula 533-STJ: Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. STJ. 3ª Seção. Aprovada em 10/06/2015, Dje 15/06/2015.

Assim, é inegável que a punição disciplinar em razão da prática de falta grave acarreta um agravamento da privação de liberdade. Por isso, o incidentado tem o direito de ser ouvido em audiência de justificação antes da decisão quanto à possibilidade de regressão de regime, conforme o artigo 118, inciso I, § 2º, da Lei nº 7210/84:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;  
§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

E o artigo 5º do Decreto de indulto 8.380/14:

Art. 5º A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto.

<sup>62</sup> Silva, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas*. Manaus: Aufiero, 2012.p.92-93

<sup>63</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva, 2014 p.74-75

Desta forma, o reconhecimento de falta em decorrência do cometimento de crime doloso reclama do trânsito em julgado da sentença penal, por ferir o princípio da presunção de inocência.

Já o princípio da proporcionalidade, é denominado por Zaffaroni de “princípio da racionalidade, porquanto, segundo o autor, exige certa vinculação equitativa entre o delito e sua consequência jurídica.” <sup>64</sup>

Segundo Humberto Ávila:

“O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca”. <sup>65</sup>

A própria Lei de Execução Penal prevê uma série de sanções disciplinares com diferentes níveis de gravidades, devendo a sanção guardar proporcionalidade com a falta aplicada, à luz das peculiaridades do caso concreto, levando-se em conta os parâmetros previstos no artigo 57 da Lei 7.210/84:

Artigo 57: Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão. Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei.

Para Rodrigo Eduardo Roig:

”A sanção disciplinar não deve ser tão somente proporcional aos danos causados pelo fato (caso reconhecida a legitimidade deste critério), mas, sobretudo, proporcional aos danos que poderão ser evitados ou minorados ao apenado com a radical aplicação da sanção disciplinar.” <sup>66</sup>

Simone Schroeder citando Gilmar Ferreira Mendes, ressalta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

<sup>64</sup> PIERANGELI, J.H; ZAFFARONI, R. E. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997. p.178

<sup>65</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2007 p.158

<sup>66</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva ,2014 p.77



“o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo tem suas *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplinar o devido processo legal. Por outro lado, assina inequívoca a possibilidade declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido). Vê-se, pois, que o princípio do excesso é plenamente compatível com a ordem Constitucional Brasileira. A própria jurisprudência do STF evoluiu para reconhecer que esse princípio tem hoje suas *sedes materiae* no inciso LV do art.5º da Constituição Federal.

O comando da proporcionalidade implicaria na moderação do próprio exercício da jurisdição, de vez que afetaria a obrigatoriedade das disposições legais em casos concretos, ainda quando fossem formalmente inobjektáveis e se justificassem sob outras circunstâncias fáticas, mas que, concretamente, revelam inadequação à consecução de seus fins, desproporção de meios, ou ainda, aptidão a produzir danos exagerados em ponderação com os objetivos de proteção.”<sup>67</sup>

E ainda, Alexandre Moraes da Rosa ensina que:

“Já adequação a relação positiva (apta) entre o meio e o fim da medida, ou seja, o meio empregado deve facilitar a obtenção do fim almejado. Não há sentido em se manter alguém preso cautelarmente se a pena a ser aplicada, ao final, não significar a privação da liberdade: o meio não se relaciona com o fim. E, proporcionalidade em sentido estrito implica em juízo acerca do custo-benefício da medida imposta, isto é, quais os princípios em jogo. Não se trata como já visto, de mera ponderação. A prevalência dos Direitos Fundamentais, no campo do processo e direito penal, impede juízos em favor da coletividade, dado que invertem a lógica do Estado Democrático de Direito. Assim, não se pode em nome da dita Segurança Coletiva, flexionar de forma excessiva e desproporcional, os Direitos Fundamentais.”<sup>68</sup>

Deste modo, o princípio da proporcionalidade é tido como meio moderador do poder executório estatal, a fim de reduzir os danos, ou seja, a busca da menor onerosidade como meio de limitação do ônus ao preso. Portanto, determina que a execução da pena seja equilibrada entre a falta praticada e a sanção disciplinar.

No que toca o princípio da celeridade ou razoável duração do processo, tem previsão legal na Constituição Federal de 1988 que não restringiu quanto à natureza processual, determinando em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

<sup>67</sup> SIMONE, Schroeder. *Regressão de Regime: uma releitura frente aos princípios constitucionais abordagem crítica* In: CARVALHO, Salo de (Coord.) *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p.482

<sup>68</sup> MORAIS, Alexandre da Rosa. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013 p.66

Rodrigo Estrada Roig menciona que:

“Exemplo de atentado contra a celeridade na execução penal é a inobservância de prazo regulamentar para a conclusão do processo administrativo de apuração de falta disciplinar, sem que a intempestividade conduza à necessária invalidação do procedimento e da punição. De fato, não se mostra razoável nem proporcional que o transcurso do tempo possa afetar a punibilidade penal, mas não a disciplinar- aliás, ela prática de faltas ontologicamente menos graves do que crimes ou contravenções penais. ”<sup>69</sup>

Desse modo, este princípio é aplicado tanto no âmbito do processo de conhecimento como na execução penal. Aliás, não tem na legislação um prazo para o Procedimento Administrativo Disciplinar ser concluído e muito menos um prazo específico de prescrição quanto à apuração das faltas disciplinares. O Supremo Tribunal de Justiça adota o menor prazo prescricional do Código Penal, contudo é desproporcional ter o mesmo prazo para apurar um delito e também condutas que não tem a reprovação legal de uma conduta penal típica.

Finalmente, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, consagra o princípio do devido processo legal, através das garantias do contraditório e da ampla defesa, determinando que “ *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meio e recursos a ela inerentes*”.

E no artigo 59, da Lei 7210/84, prescreve que “*praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa*”.

Também no artigo 87, da Lei Complementar 529/11 dispõe que “*o Conselho Disciplinar realizará as diligências indispensáveis à precisa elucidação do fato, velando pelo direito de defesa do infrator.* ”

Acrescenta Ana Lúcia Vieira que:

“O contraditório pressupõe a efetiva participação das partes envolvidas na relação jurídica processual formada entre o Estado e condenado, sendo imprescindível a participação do procurador do condenado e do Ministério Público que, através, da informação dos atos administrativos e decisões judiciais, tomarão as medidas adequadas para contrariá-los, pedir ou recorrer.

---

<sup>69</sup> ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva ,2014 p.83

Esse conhecimento dos atos desenvolvidos durante execução da pena garante o direito constitucional das partes serem ouvidas regularmente e possibilita a real oportunidade de defesa do sentenciado e de fiscalização da lei. ”<sup>70</sup>

Assim, “o direito ao contraditório e à ampla defesa, em princípio, serão efetivados com a assistência de um advogado que possa orientar e postular a afetiva defesa dos interesses do condenado no procedimento administrativo. ”<sup>71</sup>

Em relação a defesa técnica Aury Lopes Jr. ensina que:

“A defesa técnica é considerada indisponível, pois, além de ser uma garantia do sujeito passivo, existe um interesse coletivo na correta apuração do fato. Trata-se, ainda, de verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive, fortalece a própria imparcialidade do juiz, pois, quanto mais atuante e eficiente coram ambas as partes, mais alheio ficará o julgador. ”<sup>72</sup>

E ainda CITANDO Moreno Catena, Aury Lopes leciona que:

“A defesa técnica atua também como um mecanismo de autoproteção do sistema processual penal, estabelecido para que sejam cumpridas as regras do jogo da dialética processual e da igualdade das partes. É, na realidade, uma satisfação alheia à vontade do sujeito passivo, pois resulta de um imperativo de ordem pública, contido no princípio do *due process of law*. ”<sup>73</sup>

A União e os Estados têm competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual, conforme previsão legal no artigo 24, inciso XI, da Constituição Federal.

E no estado de Santa Catarina aplica-se a Lei Complementar Estadual 529/11 para aplicação de procedimentos em matéria processual.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual;

Desta forma, contata-se a importância desses princípios como um rígido sistema de garantias, assegurando a todos os acusados, sem limitações, o exercício do direito de se pronunciar em todos os atos processuais, à produção de provas e se manifestar em sua defesa.

<sup>70</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *A execução penal à luz dos princípios processuais constitucionais*. São Paulo: Justitia, 2008. p.21

<sup>71</sup> HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, MÁRIO. *Execução Penal*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009. p. 22

<sup>72</sup> LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2014. p.225

<sup>73</sup> LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2014.p.225

### 3.2 O contraditório e a ampla defesa no Procedimento Administrativo Disciplinar

Este subcapítulo é dedicado à discussão da instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar pelo Diretor do Estabelecimento Penal, no qual se tenha observado o art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República, ampla defesa e contraditório (artigos 47, 48 e 59 da Lei 7210/84) e a Lei Complementar 529/11.

Para isso, começo o presente estudo invocando o artigo 5, inciso LIV da Constituição Federal que fala sobre o princípio do devido processo legal: “ *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.* ”

E ainda, o inciso LV menciona que “ *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* ”.

Nesse sentido, a própria Constituição Federal não fez distinção entre o processo judicial e administrativo, assegurando aos litigantes e acusados em geral, todos os princípios que decorrem do devido processo legal aplicando-os indistintamente ao processo judicial e administrativo. Como bem esclarece Gilmar Ferreira Mendes a respeito da obediência desses princípios:

“Sob a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são assegurados nos processos administrativos, tanto em tema de punições disciplinares como de restrição de direitos em geral. ”<sup>74</sup>

E ainda, o artigo 87 da Lei Complementar 529/11 prevê que: “ *o Conselho Disciplinar realizará as diligências indispensáveis à precisa elucidação do fato, velando pelo direito de defesa do infrator* ”.

Importa considerar nesse ponto, que o reconhecimento de falta praticada pelo reeducando, traz consequências negativas, exemplo disso é a perda de benefícios, regressão de regime e suspensão de direitos.

Por isso, constata-se a importância da instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar, cuja a atribuição é exclusiva da autoridade administrativa a qual está submetido o incidentado, devendo apurar a suposta conduta, e sendo caracterizada o cometimento de falta, verificar se corresponde à uma falta leve, média ou grave.

---

<sup>74</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 602

E conforme os artigos 47 e 48 da Lei 7210/84, no qual estabelece que o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa:

Artigo 47- O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.

Artigo 48 -Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

O artigo 59 da Lei 7210/84 é expreso ao determinar que:

“Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.”

Todavia, em sendo reconhecida o cometimento de falta grave, o Procedimento Disciplinar (quando destituído de ilegalidades) será encaminhado ao juiz da execução penal para sua homologação ou não, e assim, escolherá as sanções cabíveis levando em conta cada um dos parâmetros previstos no art. 57 da Lei 7210/84, bem como o princípio da proporcionalidade.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que:

“Assim, antes dessa representação, o diretor do presídio deve apurar a conduta do detento, identificá-la como falta leve, média ou grave, aplicar as medidas sancionatórias que lhe compete, no exercício de seu poder disciplinar, e, somente após esse procedimento, quando ficar constatada a prática de falta disciplinar de natureza grave, comunicar ao juiz da Vara de Execuções Penais para que decida a respeito das referidas sanções de sua competência, sem prejuízo daquelas já aplicadas pela autoridade administrativa (...)

“Dessa forma, constata-se que a Lei de Execução Penal não deixa dúvida ao estabelecer que todo o "processo" de apuração da falta disciplinar (investigação e subsunção), assim como a aplicação da respectiva punição, é realizado dentro da unidade penitenciária, cuja responsabilidade é do seu diretor, porquanto é quem detém o exercício do poder disciplinar.

(...) Somente se for reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor do estabelecimento prisional, é que será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções, que o legislador, excepcionando a regra, entendeu por bem conferir caráter jurisdicional” (STJ, Terceira Seção, REsp 1.378.557-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 23/10/2013).

Portanto, somente após todo esse procedimento é que autoridade administrativa representará ao juiz da execução penal.

Igualmente evidente, atenta contra os princípios do devido processo legal a ausência de ampla defesa e do contraditório, porquanto não se pode flexibilizar as garantias constitucionais, quando se trata da liberdade individual.

Assim, há que respeitar o direito de defesa e contraditório, a ser realizado por um advogado constituído ou um defensor público.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou expressamente sobre o tema:

“EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO COM A DEFESA TÉCNICA. INSUFICIÊNCIA. NULIDADE. OCORRÊNCIA.

1. A prática da falta disciplinar pelo apenado clama pela instauração do procedimento administrativo disciplinar, visto que a mens legis da norma de execuções penais foi justamente possibilitar o devido esclarecimento sobre o evento durante o procedimento, em perfeita concretização do princípio do devido processo legal, sendo que a sua exigência não apregoa um culto exagerado à forma, mas sim uma formalidade legal que deve ser seguida, pois, do contrário, o legislador não a teria normatizado.

2. Incabível o argumento de que a ausência de defesa técnica no PAD restou suprida pela oitiva do preso, acompanhado de defensor; pois, no afã por resultados e efetividade, poder-se-ia ignorar a segurança jurídica, de modo que a previsibilidade dos atos processuais pela sociedade seria, na melhor das hipóteses, mitigada.

3. A obrigatória oitiva prévia do apenado em caso de regressão definitiva do regime prisional (artigo 118, § 2.º, da LEP) não basta por si só para a escorreita apuração da falta disciplinar, eis que o processo administrativo disciplinar, em sendo mais abrangente, não se esgota na prática somente desse ato.

4. A judicialização da execução penal representa um dos grandes passos na humanização do sistema penal. Como corolário da atividade judicial encontra-se o devido processo legal, de cujo feixe de garantias se notabiliza a ampla defesa. Prescindir-se da defesa técnica no acompanhamento de procedimento administrativo disciplinar para apuração de falta grave implica ilegalidade, pois, desconsidera-se a condição de vulnerabilidade a que submetido o encarcerado.

5. Habeas corpus concedido para, cassando o acórdão atacado, declarar nula a decisão que reconheceu a prática de falta grave – fuga - cometida pelo paciente, em tese, na data de 20.01.2009, bem como todos os efeitos dela decorrentes" (STJ, HC 165.200/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 09/04/2012).

E ainda, a ministra Maria Thereza de Assis Moura destacou a situação de vulnerabilidade do encarcerado, à luz do devido processo legal. Para ela, qualquer possível comparação do detento com o sujeito que se defende estando livre é desarrazoada, portanto,

com mais razão ao detento há que se assegurar a ampla defesa no seu aspecto técnico: presença do advogado.

Nucci também fala sobre a aplicação dos princípios constitucionais para apuração de falta disciplinar:

“Uma vez que o condenado tem o direito do exercício pleno da ampla defesa e assim, poderá utilizar de todos os meios para comprovar sua versão dos fatos, não somente perante o juiz, mas também na apuração de falta grave no âmbito da unidade prisional, pois, sem a intervenção do defensor, seria uma oitiva meramente formal, já que o sentenciado é leigo.”<sup>75</sup>

Ana Lúcia Menezes menciona que:

“ a defesa técnica, aliás, se faz necessária em todos os momentos em que vislumbra a possibilidade de alteração do título executório que é a sentença condenatória, tais como a mudança de regime prisional, o livramento condicional, a remição da pena, comutação e indultos, entre outros”.<sup>76</sup>

Quanto ao teor da Súmula Vinculante 5º do Supremo Tribunal Federal que dispõe: “*a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*”. O entendimento é de que o verbete citado não é aplicado em sede de Execução Penal, uma vez que está em jogo a liberdade de ir e vir do apenado, devendo ser aplicado o princípio da ampla defesa e seus dois componentes parciais – a autodefesa e a defesa técnica.

Portanto, é imprescindível a instauração do procedimento administrativo disciplinar, pela autoridade administrativa para reconhecimento de falta disciplinar, assegurando ao apenado, todas garantias constitucionais, pois causa efeitos danosos que atingem à sua vida.

---

<sup>75</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p.276

<sup>76</sup> VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *A execução Penal á luz dos princípios processuais constitucionais*. São Paulo: Justitia, 2008 p. 21

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, é preciso compreender que a Lei nº 7210/84, possui direitos que contemplam a dignidade do reeducando e humanização da pena, refletindo na orientação e atuação estatal durante o cumprimento da sanção condenatória.

A Lei de Execução Penal, prevê uma série de deveres aos condenados, e a violação desses deveres acarreta a instauração do procedimento administrativo disciplinar para a apuração falta cometida e a consequente aplicação da sanção disciplinar prevista na lei.

Desse modo, o presente trabalho teve por objetivo, demonstrar a importância das garantias constitucionais no procedimento administrativo disciplinar no âmbito da execução. Nesse viés, verificou-se que a apuração da suposta falta disciplinar cometida pelo apenado, deve ser realizada pela autoridade administrativa prisional, assegurando o direito de defesa no acompanhamento do procedimento, com a participação de advogado constituído ou defensor público.

Além disso, denominar em falta leve, média ou grave, aplicando-lhe as sanções disciplinares correspondentes com a falta, desde que sejam observados os parâmetros previstos no artigo 57 da Lei de Execução Penal, bem como no artigo 76 da Lei Complementar Estadual nº 529/11. Em sendo caracterizada em falta grave, cabe ao diretor da unidade prisional, comunicar ao juiz da execução penal para que decida a respeito da sanção disciplinar. Portanto, não é dado ao juiz da execução penal competência para exercer o poder administrativo disciplinar.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felli. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Cf. CUNHA, Renan Severo Teixeira da. *O Ministério Público na execução penal*. Curso sobre a reforma penal. São Paulo: Saraiva, 1985.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: sobre o direito de resistência na esfera carcerária*. Rio de Janeiro: Lúmen juris. 2008.

Cf. Projeto e Anteprojeto de Código Penitenciário. Rio de Janeiro; Ed.UFRJ, 1978

DE CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. *Controle da Legalidade na Execução Penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1988.

DOTTI, René Ariel. “ Notas para a história das penas no sistema criminal brasileiro”. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.81, nº292, dez.1985.

FOUCAULT, Michel. *Soberania e Disciplina*. In: *Microfísica do Poder*, Rio de Janeiro: Graal, 1986.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2004.

HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011

LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2014.

Lei de Execução Penal, 09 de maio de 1983, item 10 da Exposição de Motivos número 213

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATTOS, Renata Soares Bonavides de. *Direitos do Presidiário e suas violações*. São Paulo: Método, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas 2006

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de, e Smanio, Gianpaolo Poggio, *Legislação Penal Especial*, São Paulo: Atlas, 1999

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas 2009.

MORAIS, Alexandre da Rosa. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2013

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007

PIERANGELI, J.H; ZAFFARONI, R. E. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997

PIMENTEL, Manoel Pedro, *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva, 2014.

ROLIM, Marcos. *Dos Labirintos*. Porto Alegre: Anais da Assembleia Legislativa, 1998.

RUOTOLO, Marco. *Dirit dei detenuti e Costituzione*. Torino: Giappichelli, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina In: CARVALHO, Salo de (Coord.) *Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2007.

SIMONE, Schroeder. *Regressão de Regime: Uma releitura frente aos princípios constitucionais abordagem crítica* In: CARVALHO, Salo de (Coord.) *Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros. 1999

SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas*. Manaus: Aufiero, 2012.

SIMONE, Schroeder. *Regressão de Regime: uma releitura frente aos princípios constitucionais abordagem crítica* In: CARVALHO, Salo de (Coord.) *Crítica a Execução Penal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2007.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *A execução penal à luz dos princípios processuais constitucionais*. São Paulo: Justitia 2008,

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral* 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro –Teoria geral do direito penal*, Rio de Janeiro: Revan, 2006.

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> acesso em 28/05/2015